



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 871/19.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 60857/22.11.2021, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI R..., împotriva adresei nr. DAP4342/11.11.2021 de comunicare a rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 4336/10.11.2021, emise de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție lucrări «Consolidarea, reabilitarea și modernizarea Corpului C2 (B), S+P+3E, Săli de curs» SMIS 123788, în cadrul POR/2017/10/10.1/10.3/BI”, se solicită admiterea contestației, constatarea faptului că decizia de respingere a ofertei sale din procedura de atribuire este netemeinică și nelegală, în contextul în care, prin adresa nr. 543/28.07.2021 nu s-a adus vreo modificare asupra ofertei, constatarea faptului că motivul invocat pentru respingerea ofertei sale nu este de natură să respecte măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 și pe care autoritatea contractantă era obligată să le respecte în procesul de reevaluare a ofertei, constatarea faptului că decizia de a anula procedura de atribuire este nelegală și conduce la încălcarea obligațiilor stabilite prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, precum și dispunerea de măsuri de remediere, constând în anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021, a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. DAP4342/11.11.2021 și a oricăror alte acte prin intermediul cărora s-a procedat la respingerea ofertei sale și la anularea procedurii de atribuire.

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

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., critică faptul că oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire, dar și faptul că autoritatea contractantă a dispus anularea acesteia.

I. Scurt istoric al procedurii de atribuire

Autoritatea contractantă a inițiat prezenta procedură de atribuire prin publicarea anunțului de participare simplificat nr.

În urma finalizării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă a publicat în SEAP Raportul procedurii de atribuire nr. 2986/04.08.2021 și a transmis contestatorului adresa nr. DAP 2994/04.08.2021, prin care era informat că oferta sa a fost respinsă din procedura de atribuire, iar ofertele depuse de Asocieria Milconstruct și de Asocieria Intro Blue s-au clasat pe locurile 1 și 2.

Procedând la analiza motivelor care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, contestatorul arată că a constatat că acestea nu sunt întemeiate și, de ...menea, a luat act de împrejurarea că ofertele depuse de Asocieria Milconstruct (locul 1) și de Asocieria Intro Blue (locul 2) au fost declarate în mod greșit ca fiind admisibile, sens în care a formulat contestația care a făcut obiectul soluționării dosarului nr. 2010/2021.

Consiliul a admis contestația, iar prin Decizia nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, a obligat autoritatea contractantă să procedeze atât la reevaluarea ofertei contestatorului, cât și la reevaluarea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2.

În urma finalizării procesului de reevaluare a ofertelor, prin Raportul procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021 și prin comunicarea rezultatului procedurii nr. DAP 4342/11.11.2021, autoritatea contractantă a adus la cunoștință contestatorului că a procedat, din nou, la respingerea ofertei sale, dar și că a dispus anularea procedurii de atribuire.

Și de această dată, deciziile adoptate de autoritatea contractantă sunt netemeinice și nelegale, atât în ceea ce privește respingerea ofertei contestatorului, cât și în ceea ce privește anularea procedurii de atribuire, pentru considerentele de fapt și de drept prezentate în cele ce urmează.

II. Referitor la decizia de respingere a ofertei contestatorului din procedura de atribuire

1. Aspecte care privesc primul proces de evaluare a ofertelor

Contestatorul arată că, în etapa de evaluare a propunerii financiare, autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. DAP 2891/27.07.2021 prin care a solicitat să se indice locul din cadrul propunerii financiare de unde a ofertat cheltuielile pentru operațiunile de montaj ale echipamentelor prevăzute în Formularul F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE (denumit în continuare „devizul 006 - Montaj echipamente instalații electrice”).

În răspunsul la această solicitare, prin adresa nr. 543/28.07.2021, contestatorul a informat comisia de evaluare asupra faptului că articolele la care face referire nu au fost ofertate, întrucât din răspunsurile de clarificare

publicate de autoritatea contractantă, dar și din cerințele caietului de sarcini, rezultă că acele articole nu trebuiau oferite.

Așadar, este important de observat și de reținut că prin intermediul acestui răspuns de clarificare, contestatorul nu a adus vreo modificare ofertei sale și implicit nici nu a îmbunătățit sau diminuat calitativ oferta depusă inițial (propunerea tehnică și financiară).

Față de răspunsul furnizat de contestator, autoritatea contractantă a decis că se impune respingerea ofertei din procedura de atribuire, motivând că acesta avea obligația de a cuprinde în oferta financiară cheltuielile pentru montajul echipamentelor ce fac obiectul devizului 006 - Montaj echipamente instalații electrice.

Astfel, s-a formulat contestație împotriva măsurii de respingere a ofertei, aceasta fiind soluționată în cadrul dosarului nr. 2010/2021

2. Obiectul litigiului soluționat de Consiliu prin Decizia nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021 care privește modalitatea de evaluare a ofertei contestatorului

S-a contestat decizia respingerii ofertei sub două aspecte:

i. În primul rând, s-a susținut în continuare că, în raport cu modul în care au fost formulate răspunsurile de clarificare aferente cerințelor documentației de atribuire, rezulta că ofertanții nu trebuiau să ofereze acele operațiuni de montaj;

ii. În subsidiar, s-a arătat că, în ipoteza în care s-ar reține totuși o eroare în elaborarea propunerii financiare, aceasta poate fi remediată prin operarea unei corecții potrivit dispozițiilor legale aplicabile.

Procedând la analiza criticilor contestatorului, Consiliul a stabilit că acesta trebuia să ofereze operațiunile de montaj ale respectivelor echipamente.

Pe de altă parte, Consiliul a reținut și faptul că la această eroare de concepție a ofertei contestatorului, a contribuit din plin și autoritatea contractantă, atât prin modul neclar în care a stabilit cerințele documentației de atribuire, cât și prin ambiguitatea răspunsurilor furnizate la solicitările de clarificare transmise de operatorii economici cu privire la aceste cerințe, relevante în acest sens fiind mențiunile de la pag. 58-59 din Decizie, care sunt citate.

Însă, cel mai important aspect care transpare din decizia Consiliului, îl reprezintă însăși anularea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, apreciindu-se că autoritatea contractantă nu era în drept să procedeze de principiu la respingerea ofertei doar pentru că ar fi omis să se ofereze respectivele activități de montaj.

În fapt, Consiliul a obligat autoritatea contractantă să verifice dacă omisiunea contestatorului de a oferta operațiunile de montaj întrunește condițiile pentru a fi asimilată cu o abatere tehnică minoră, astfel încât această omisiune să poată fi corectată și, în acest sens, fiind relevante precizările de la pag. 60-61 din Decizia CNSC, pe care contestatorul le citează.

3. Modul în care autoritatea contractantă a înțeles să pună în aplicare măsurile la care a fost obligată prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021

Invocând punerea în aplicare a soluției stabilite de Consiliu, prin adresa nr. DAP 3989/21.10.2021, autoritatea contractantă a formulat contestatorului solicitarea de clarificare nr. 3, având următorul conținut:

„Conform documentației tehnice - liste de cantități Propunerea financiară

Constatările comisiei de evaluare:

În propunerea financiară depusă nu a fost regăsit devizul ofertă Instalații Electrice-006 Montaj echipamente instalații electrice.

Solicitarea comisiei de evaluare:

Vă rugăm să justificați lipsa devizului Instalații Electrice-006 Montaj echipamente instalații electrice, întrucât din răspunsul de clarificare înregistrat cu numărul 543/28.07.2021 ați argumentat lipsa acestui deviz din propunerea dumneavoastră financiară prin folosirea sintagmei «prin eliminarea articolelor componente de instalații electrice, devizul a devenit nul».

Cu alte cuvinte dumneavoastră nu ați luat în considerare posibilitatea ca echipamentele/utilajele respective să fie puse la dispoziție de către beneficiar, iar montajul acestora să fie solicitat a se include și respectiv a se cuantifica valoric în propunerea dumneavoastră financiară.

Prin urmare, vă rugăm să clarificați lipsa devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea dumneavoastră financiară, în condițiile în care operațiunile de montaj trebuie realizate în cadrul proiectului, urmând ca echipamentele/utilajele supuse montajului să fie puse la dispoziție de către beneficiar, ele făcând obiectul unei alte proceduri de achiziție.”

După cum se poate observa, solicitarea de clarificare transmisă de autoritatea contractantă nu a fost de natură să pună în aplicare obligațiile pe care aceasta le avea conform deciziei CNSC.

Contestatorul reiterează, în acest sens, că prin decizia CNSC ,autoritatea contractantă a fost obligată să verifice dacă omisiunea de a oferta operațiunile de montaj și implicit de a include în oferta financiară devizul 006 - Montaj echipamente instalații electrice, reprezintă sau nu o abatere tehnică minoră.

Prin decizia CNSC s-a stabilit, cu autoritate de lucru judecat, că asocierea contestatoare a omis să oferteze articolele cuprinse în devizul 006 - Montaj echipamente instalații electrice, dar și că autoritatea contractantă trebuie să verifice dacă această omisiune reprezintă o abatere tehnică minoră.

Prin urmare, pentru respectarea obligațiilor ce decurg din decizia CNSC, autoritatea contractantă trebuia să solicite contestatorului informații suplimentare în raport de care să poată analiza dacă omisiunea sa de a oferta operațiunile de montaj poate ori nu să fie remediată pe temeiul corecției unei abateri tehnice minore.

În schimb, autoritatea contractantă s-a rezumat la a transmite o întrebare practic inutilă, constând în furnizarea unor informații cu privire la rațiunile pentru care nu s-au ofertat acele operațiuni de montaj.

Astfel, contestatorul susține că solicitarea, în forma în care a fost redactată, era inutilă întrucât:

- în cadrul primului răspuns de clarificare furnizat de contestator cu privire la modul în care a elaborat oferta, a indicat rațiunile pentru care nu a oferat respectivele operațiuni de montaj. Mai precis, s-a menționat faptul că, în opinia sa, din cerințele documentației de atribuire și din răspunsurile de clarificare rezultă că nu trebuie să se oferteze acele operațiuni și de aceea nici nu le-a oferat.

- în litigiul soluționat de CNSC, principalul argument al contestatorului a constatat în faptul că nu trebuia să oferteze respectivele operațiuni de montaj, prezentând aceeași motivație pe care a adus-o și la cunoștința autorității contractante prin răspunsul de clarificare.

- Consiliul a verificat critica contestatorului, nu a reținut argumentația propusă de acesta și a stabilit că trebuia să oferteze operațiunile de montaj. Pe de altă parte, Consiliul nu a menținut decizia de respingere a ofertei contestatorului, ci a obligat autoritatea contractată să verifice dacă greșeala acestuia putea fi remediată prin corectarea unei abateri tehnice minore. Consiliul nu a obligat autoritatea contractantă să verifice de ce contestatorul a omis să oferteze acele operațiuni de montaj, acest aspect fiind total irelevant la acest moment pentru evaluarea ofertei sale.

Rezultă astfel că autoritatea contractantă a mai pus o întrebare la care, indiferent de explicațiile pe care le-ar fi furnizat contestatorul, nu putea dispune măsura respingerii ofertei pe motiv că nu a justificat de ce nu a oferat operațiunile de montaj.

Consiliul se pronunță... deja pe acest aspect și consider... că ceea ce trebuie verificat este împrejurarea dacă eroarea/omisiunea/greșeala de a nu fi oferat acele operațiuni de montaj putea fi sau nu remediată.

Având în vedere această situație, prin adresa nr. 815/25.10.2021, contestatorul a răspuns solicitării autorității contractante cu privire la motivul pentru care nu a oferat operațiunile de montaj, reiterând practic explicațiile anterioare prezentate acesteia, dar și în litigiul soluționat de CNSC, din care citează.

Se observă astfel că asocierea contestatoare a răspuns chiar și acestei solicitări, care nu putea avea vreo finalitate, neputându-se reține în sarcina sa nici măcar aplicarea unei sancțiuni formale pe motiv că nu a furnizat explicațiile solicitate.

Suplimentar, și pornind de la prezumția că autoritatea contractantă acționează totuși cu bună credință, în cadrul răspunsului, contestatorul a indicat acesteia și care sunt obligațiile ce cad în sarcina sa ca urmare a soluției dispuse de Consiliu.

În acest sens, și pentru a veni în sprijinul comisiei de evaluare, contestatorul a furnizat absolut toate datele, pentru a putea analiza dacă omisiunea sa de a oferta aceste operațiuni reprezintă sau nu o abatere tehnică minoră, astfel încât să poată fi în măsură să pună în aplicare decizia CNSC, conform celor reținute la pag. 62-63 din decizie, care sunt citate.

Autoritatea contractantă nu a ținut seama de explicațiile furnizate de contestator și a procedat la respingerea ofertei sale, inventând practic un nou motiv de respingere.

4. Motivul invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei contestatorului

Așa cum rezultă din redactarea motivului de respingere a ofertei contestatorului, acesta ar fi reprezentat de împrejurarea că, prin intermediul primului răspuns de clarificare în legătură cu modul în care a elaborat oferta financiară, transmis prin adresa nr. 543/28.07.2021, acesta ar fi procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet, prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului și care nu a fost regăsit.

De ...menea, se apreciază că prin intermediul aceleiași răspuns, s-ar fi procedat practic la depunere unei oferte.

Argumentarea autorității contractante pornește de la împrejurarea că în cadrul graficului de execuție a contractului, contestatorul a făcut referire la operațiunea de montaj a echipamentelor și astfel a concluzionat că prin răspunsul de clarificare furnizat în legătură cu propunerea financiară, unde s-a specificat că nu s-au ofertat aceste operațiuni, ar fi operat o modificare a propunerii tehnice, în sensul diminuării calitative. Prin urmare, la speță ar fi incidente prevederile at. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora nu reprezintă abatere tehnică minoră acea modificare ce presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială.

Contestatorul susține că raționamentul ce stă la baza respingerii ofertei sale, este fundamental greșit, pentru următoarele considerente:

a) În primul rând, prin adresa nr. 543/28.07.2021 (primul răspuns de clarificare), acesta nu a modificat nicio informație din oferta inițială.

În cadrul acelui răspuns, nu a făcut altceva decât explice rațiunea pentru care nu a ofertat operațiunile de montaj ce fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice.

Nicio modificare asupra propunerii financiare sau asupra propunerii tehnice nu a fost operată. De altfel, nici autoritatea contractantă nu a prezentat vreo dovadă că asocierea contestatoare ar fi modificat vreo informație din ofertă prin acel răspuns.

Afirmația din cadrul răspunsului potrivit căreia „*prin eliminarea articolelor componente ale devizului de Instalații Electrice, devizul a devenit nul, ne mai făcând obiectul ofertării tehnico-financiare*” nu reprezenta decât concluzia contestatorului rezultată din modul în care autoritatea contractantă a furnizat o serie de răspunsuri de clarificare cu privire la modul în care trebuie elaborată oferta și pe care le-a evidențiat în cadrul adresei de răspuns.

Prin acest răspuns de clarificare, contestatorul precizează că nu a retransmis vreun alt grafic de execuție a contractului, după cum nici nu a afirmat în vreun moment că ar înțelege să modifice graficul de execuție prezentat în propunerea tehnică. În fapt, graficul de execuție a contractului prezentat în propunerea tehnică este valabil în aceeași formă și la momentul actual.

b) Neoperând vreo modificare a ofertei, rezultă implicit că nici nu se poate discuta de o diminuare calitativă a propunerii tehnice, după cum nu se poate discuta nici despre depunerea unei noi oferte.

Pentru a putea analiza ...menea ipoteze de lucru, ar trebui să existe în prealabil un act de modificare a ofertei contestatorului, ceea ce acesta susține că nu a făcut prin răspunsul anterior.

Mai mult, autoritatea contractantă utilizează o terminologie imprecisă, susținând că prin răspunsul de clarificare s-ar fi modificat propunerea tehnică, în sensul unei diminuări calitative a acesteia. Pe de altă parte, la art. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, se vorbește de o diminuare calitativă a ofertei care, potrivit art. 3 alin. (1) lit. gg), cuprinde atât propunerea financiară, cât și propunerea tehnică. Prin urmare, pentru a nu se găsi în ipoteza de lucru a unei abateri tehnice minore, trebuie să se producă o diminuare calitativă a întregii oferte, iar nu a unei părți din ofertă. Or, se punem întrebarea, cum s-ar fi putut diminua calitativ oferta în condițiile în care era evident faptul că în cadrul propunerii financiare nu erau cuprinse costurile cu aceste operațiuni de montaj și deci era la fel de evident că nu se ofert...ră aceste activități?

Oricum, ceea ce este relevant de reținut pentru soluționarea speței, este împrejurarea că, în urma răspunsului contestatorului de clarificare, nici oferta în ansamblu și nici propunerile financiară și tehnică primate individual, nu au suferit vreo modificare și deci nu aveau cum să sufere vreo diminuare calitativă. În urma acestui răspuns, oferta a rămas neschimbată sub toate aspectele sale.

c) Afirmația potrivit căreia contestatorul și-ar fi asumat prin graficul de execuție să realizeze operațiunile de montaj ale echipamentelor aferente devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice, este greșită.

Elementul principal al unui grafic de execuție îl constituie termenul de finalizare a contractului pe care și-l asumă ofertantul, iar contestatorul arată că a cuprins activitatea de montaj în graficul de execuție, tocmai pentru a fundamenta un termen realist de execuție a contractului. Chiar dacă, în opinia sa, respectivele operațiuni de montaj nu trebuiau ofertate, totuși, din punct de vedere al termenului de execuție ofertat de acesta, nu putea face abstracție de faptul că totuși respectivele echipamente vor trebui montate de un alt operator economic în cadrul unui alt contract, dar înainte de a se proceda la finalizarea contractului prin organizarea recepției lucrărilor.

Întreaga concepție a ofertei contestatorului (propunere tehnică și financiară) a pornit de la prezumția că în cadrul acestui contract nu se vor realiza activitățile de furnizare și montaj al echipamentelor. O dovadă elocventă în acest sens o reprezintă însăși lipsa cotării acestor activități în propunerea financiară. În ipoteza în care acesta și-ar fi asumat prin propunerea tehnică să realizeze activitățile de montaj, atunci ar fi avut un argument solid să procedeze și la modificarea propunerii financiare, ca urmare a primei solicitări de clarificare transmise de autoritatea contractantă.

În realitate însă, așa cum a precizat tot timpul, contestatorul nu a considerat în vreun moment că trebuie să oferteze aceste activități, până la momentul care a fost emisă decizia CNSC.

d) Prin decizia CNSC oricum s-a reținut definitiv și irevocabil că asocierea contestatoare nu a ofertat respectivele operațiuni de montaj, astfel că întreg raționamentul autorității potrivit căruia de fapt am fi ofertat acele activități este de natură să încalce soluția obligatorie stabilită de Consiliu.

În concluzie, este limpede că acest nou motiv de respingere a ofertei sale nu are niciun fundament și, mai mult, nu este de natură să respecte soluția dispusă prin decizia CNSC.

Având în vedere aceste aspecte, asocierea contestatoare solicită Consiliului să anuleze măsura respingerii ofertei sale și să oblige autoritatea contractantă să pună în aplicare în mod corect măsurile dispuse prin decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, în sensul de a verifica dacă omisiunea de a oferta operațiunile de montaj ce fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice poate fi remediată pe temeiul corectării unei abateri tehnice minore. De ...menea, se solicită Consiliului obligarea autorității contractante ca, în procesul de verificare a acestui aspect să ia în considerare și informațiile/argumentele prezentate de contestator prin intermediul celui de al doilea răspuns de clarificare aferent modului de elaborare a propunerii financiare, transmis prin adresa nr. 815/25.10.2021.

III. Referitor la decizia de anulare a procedurii de atribuire

În cadrul comunicării rezultatului procedurii de atribuire transmisă către contestator, autoritatea contractantă s-a rezumat doar la justificarea motivelor pentru care a procedat la respingerea ofertei sale din procedura de atribuire.

Pe de altă parte, la pct. 5.2 din cadrul Raportului procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021, se face precizarea că procedura de atribuire oricum a fost anulată în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 98/2016.

Decizia de anulare a procedurii este motivată prin faptul că, în opinia comisiei de evaluare, aplicarea întocmai a Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, denumită în continuare Decizia CNSC, este de natură să pună autoritatea contractantă în situația de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor.

De ...menea, se menționează că, în ipoteza în care autoritatea contractantă ar pune în aplicare decizia CNSC, ar încălca prevederile OUG nr. 66/2011. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă stabilește că decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 este nelegală.

Referitor la acest aspect, se impune a fi reținut că nici autoritatea contractantă și nici vreo altă parte interesată nu a atacat cu plângere decizia CNSC, astfel că aceasta a devenit definitivă și obligatorie.

Decizia CNSC produce efecte obligatorii pentru modul în care trebuie să se desfășoare procedura de atribuire, iar sub acest aspect, decizia devine opozabilă tuturor persoanelor care justifică un interes în legătură cu procedura de atribuire.

Cu alte cuvinte, chiar și în ipoteza în care s-ar presupune că soluția dispusă prin decizia CNSC ar fi netemeinică și/sau nelegală, aceste aspecte nu mai pot fi puse în discuție de nicio altă persoană, fie ea și o entitate care verifică respectarea prevederilor OUG nr. 66/2011.

Rezultă astfel că argumentul potrivit căruia decizia CNSC ar conduce la încălcarea prevederilor unei alte legislații, nu este de natură să justifice neducerea la îndeplinire a acesteia de către autoritatea contractantă.

Mai departe, potrivit art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016, în cazul admiterii contestației, dacă se constată că nu pot fi dispuse măsuri de remediere care să permită continuarea legală a procedurii de atribuire, Consiliul dispune anularea procedurii de atribuire.

Așadar, dacă erau identificate elemente de natură să conducă la concluzia că autoritatea contractantă era în imposibilitatea de a dispune măsuri de remediere ca urmare a soluționării criticilor contestatorului, atunci Consiliul avea la dispoziție instrumentele necesare pentru a dispune el însuși anularea procedurii.

Prin decizia în cauză, Consiliul nu a dispus însă anularea procedurii de atribuire și se citează din Încheierea nr. 2535/C7/2101/05.10.2021.

Așadar, autoritatea contractantă nu este în drept să dispună anularea procedurii de atribuire pe motiv că, în opinia acesteia, măsurile pe care este obligată să le aplice conform deciziei CNSC ar fi nelegale.

În măsura în care era nemulțumită de soluțiile dispuse prin decizia în cauză, acesta avea dreptul de a formula plângere în conformitate cu dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016. Cum nu a procedat în acest sens, autoritatea contractantă și-a însușit obligațiile ce decurg din punerea în aplicare a măsurilor dispuse de Consiliu.

Oricum, argumentul potrivit căruia Consiliul ar fi obligat autoritatea contractantă să modifice criteriile de calificare și selecție, nu poate fi primit. Consiliul nu a adus nicio modificare cerințelor documentației de atribuire, ci a obligat autoritatea contractantă să evalueze ofertele:

- cu respectarea dispozițiilor art. 53 din Legea nr. 98/2016 coroborate cu cele art. 3 alin. (1) lit. jj) din același act normativ, potrivit cărora au dreptul de a participa la procedurile de atribuire în calitate de ofertant individual/ofertant asociat/candidat/terț susținător/subcontractant doar operatorii economici care desfășoară în mod licit activitatea, prin aceasta înțelegându-se operatori economici care dețin autorizațiile obligatorii prevăzute în acte normative pentru desfășurarea activităților contractului.

Astfel, contestatorul arată că, în acest sens, sunt relevante mențiunile de la pag. 79 din Decizia CNSC, pe care le citează.

- în ceea ce privește activitatea de verificare a proiectelor, Consiliul a stabilit că aceasta poate fi realizată doar de o societate care nu se găsește într-un conflict de interese, așa cum este acesta reglementat prin Legea nr. 10/1995 și prin HG nr. 925/1995.

Așadar, Consiliul nu a făcut decât să oblige comisia de evaluare să verifice ofertele cu respectarea unor dispoziții legale specifice („Nimeni nu poate invoca necunoașterea legii în apărarea sa”), la speță nefiind incidentă nicio încălcare a prevederilor legale care să afecte procedura de atribuire și care să susțină anularea procedurii conform art. 212 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 98/2016.

De ...menea, contestatorul face precizarea că autoritatea contractantă nu poate dispune anularea procedurii de atribuire în temeiul art. 212 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 98/2016, deoarece Consiliul nu a modificat/eliminat vreo specificație tehnică/cerință din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, astfel încât să nu mai poată fi atins în mod corespunzător scopul achiziției.

Dimpotrivă, Consiliul a obligat autoritatea tocmai să verifice dacă formula de participare la procedura de atribuire a ofertanților clasăți pe locurile 1 și 2 este de natură să le permită acestora să execute în mod legal contractul și deci să fie atins scopul achiziției.

Nu în ultimul rând, contestatorul menționează că anularea procedurii de atribuire în alte condiții decât cele prevăzute în legislația achizițiilor publice, reprezintă contravenție și se sancționează cu amendă între 5.000 lei și 30.000 lei, conform art. 224 alin. (1) lit. k) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... solicită Consiliului să anuleze măsura dispusă de autoritatea contractantă cu privire la anularea procedurii de atribuire întrucât, aceasta nu se încadrează în limitele prescrise de legislația achizițiilor publice și, mai mult, aceasta contravine obligațiilor pe care autoritatea contractantă le are potrivit deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021.

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... solicită CNSC admiterea contestației, constatarea faptului că decizia de respingere a ofertei sale din procedura de atribuire este netemeinică și nelegală, în contextul în care, prin adresa nr. 543/28.07.2021 nu s-a adus vreo modificare asupra ofertei, constatarea faptului că motivul invocat pentru respingerea ofertei sale nu este de natură să respecte măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 și pe care autoritatea contractantă era obligată să le respecte în procesul de reevaluare a ofertei, constatarea faptului că decizia de a anula procedura de atribuire este nelegală și conduce la încălcarea obligațiilor stabilite prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, precum și dispunerea de măsuri de remediere, constând în anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021, a comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. DAP4342/11.11.2021 și a oricăror alte acte prin intermediul cărora s-a procedat la respingerea ofertei sale și la anularea procedurii de atribuire.

Prin adresa nr. 13717/26.11.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 62190/26.11.2021, ... transmite punctul său de vedere la contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., prin care solicită respingerea contestației, pe cale de excepție, ca tardiv introdusă și, pe fond, pentru neconformitatea propunerii financiare a contestatorului, cu cerințele minimale solicitate prin caietul de sarcini.

Analizând conținutul contestației, autoritatea contractantă solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor respingerea acesteia, pe cale de excepție ca tardiv introdusă, pentru motivele ce vor fi expuse în continuare.

În data de 12.11.2021, s-a postat în SEAP atât raportul final al procedurii nr. 4336/10.11.2021, cât și comunicările către operatorii economici (nr. 4342/11.11.2021), iar termenul legal de depunere a contestațiilor, conform prevederilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, este de 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante, respectiv data limită fiind 19.11.2021.

Înaintarea contestației, înregistrată la CNSC cu nr. 60857/22.11.2021 (Dosar nr. 3028) și la ... cu nr. 13494/22.11.2021, s-a făcut în afara termenului legal de contestare.

Din cele enumerate mai sus, reiese clar faptul că înaintarea contestației s-a realizat fără respectarea termenelor legale prevăzute la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Asupra conținutului contestației, autoritatea învederează Consiliul cu următoarele aspecte:

1. Opiniile autorității contractante asupra modului în care, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, comisia de evaluare a pus în aplicare Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021

Autoritatea contractantă reamintește că punerea în aplicare a Deciziei CNSC presupunea:

1.1. Menținerea concluziilor de respingere a ofertelor aparținând unui număr de 6 operatori economici, conform precedentului raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021

Asupra acestui aspect, se confirmă faptul că, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, comisia de evaluare a procedat întocmai, consemnând pentru fiecare dintre cei 6 ofertanți menținerea concluziei de respingere, conform Deciziei CNSC, așa cum se poate observa din cuprinsul celor evidențiate în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 4312/09.11.2021, sens în care se redau extr...le relevante.

1.2. Verificarea de către comisia de evaluare a existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verifcatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor, pentru cei trei operatori rămași în competiție

Inclusiv asupra acestui aspect, se confirmă că, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, comisia de evaluare a procedat întocmai, prin transmiterea unor solicitări de clarificări către cei trei ofertanți rămași în competiție, astfel:

- adresa DAP nr. 3990/21.10.2021, transmisă către asociera ... (lider) - ..., ofertantul clasat pe locul 1 conform precedentului raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021;

Destinatarul solicitării a răspuns prin scrisoarea emisă cu nr. 60/25.10.2021.

- adresa DAP nr. 3991/21.10.2021, transmisă către asociera ... (lider) - ... - ... - ...- ..., ofertantul clasat pe locul 2 conform precedentului raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021;

Destinatarul solicitării a înaintat prin e-mail răspunsurile pe care le-a semnat electronic, motivând starea de nefuncționare a SEAP.

Asociera respectivă nu a răspuns în termenul legal, încărcând în SEAP răspunsul și formulând 3 e-mail-uri care conțineau documente ce nu au putut fi accesate în totalitate la data de 25.10.2021 orele 23:44, 23:52, 23:52, motivând că nu a funcționat sistemul SEAP.

Totodată, se face mențiunea că operatorul economic a semnat electronic documentele depuse în cadrul e-mail-ului și a le-a transmis în termenul limită.

Asupra acestui aspect, conform pag. 24 și 25 din 76 ale Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, experții

cooptați în comisia de evaluare, au apreciat că: „Având în vedere răspunsul SEAP din care reiese faptul că sistemul a funcționat în parametrii normali în intervalul invocat de ofertant, sunt incidente prevederile art. 125 din H.G. nr. 395/2016, potrivit cărora riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă.”

Având în vedere motivația anterior menționată, comisia de evaluare a considerat că se impune analizarea răspunsurilor de clarificare din documentele transmise de operator.

- adresa DAP nr. 3989/21.10.2021, transmisă către asocierea ... (lider) - ..., asociere a cărei ofertă fusese respinsă conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

Destinatarul solicitării a răspuns prin scrisoarea emisă cu nr. 815/25.10.2021.

În aplicarea Deciziei CNSC anterior menționată, verificările asupra existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verificatorilor de proiecte, la data depunerii ofertelor, au condus la următoarele rezultate:

1.2.1. Declararea ca inacceptabilă a ofertei asocierii ... – ...

Acest fapt a fost consemnat ca atare în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 4312/09.11.2021, sens în care autoritatea contractantă redă extrasul relevant.

Mențiunea potrivit căreia: „Într-o atare situație, Comisia de evaluare prin cei 2 membrii majoritari cu opinie similară, constată că aplicarea întocmai a Deciziei CNSC pune autoritatea contractantă în situația de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor”, este făcută din cauză că la pag. 1 din 76 a Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, experții cooptați în comisia de evaluare au consemnat că: „solicitarea unor documente ce nu au fost prevăzute în documentația ce a fost pusă inițial la dispoziția ofertanților se încadrează în Anexa 2 la HG nr. 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, litera A, Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor.”

Cei doi membri majoritari cu opinie similară din cadrul comisiei de evaluare se aflau puși în situația în care era evidentă armonizarea dintre conținutul Notele de opinie separată, înregistrate cu nr. 3968/20.10.2021 și nr. 4194/03.11.2021, din partea Președintelui comisiei de evaluare și respectiv conținutul Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, din partea experților fără drept de vot, cooptați în comisia de evaluare.

Având în vedere necesitatea de a găsi o modalitate de aplicare a prevederilor art. 128 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în condițiile arătate mai sus, cei doi membri majoritari cu opinie similară din cadrul comisiei de evaluare, nu puteau, pur și simplu, să ignore susținerile experților cooptați în comisia de evaluare, motiv pentru care, în procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini

înregistrat cu nr. 4312/09.11.2027, a fost cuprins paragraful 1.2. Analiza situației ipotetice care derivă din punctul de vedere exprimat de experții cooptați, acest paragraf regăsindu-se ca și conținut la pag. 137, 138, 139 și 140 ale respectivului proces verbal și care sunt citate.

După cum a fost precizat în paragrafele anterioare, în aplicarea Deciziei CNSC s-a procedat pentru toți ofertanții rămași în competiție la efectuarea verificărilor asupra existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verificatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor.

Asupra acestui aspect, la pag. 1 din 76 a Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, experții cooptați în comisia de evaluare au făcut mențiunea că: *„solicitarea unor documente ce nu au fost prevăzute în documentația ce a fost pusă inițial la dispoziția ofertanților se încadrează în Anexa 2 la HG nr. 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, litera A, Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor”*.

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, face cuvenita precizare că, în situația de fapt, în care autoritatea contractantă nu a folosit calea de atac împotriva Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, aceasta a devenit definitivă și obligatorie pentru autoritatea contractantă.

În ceea ce privește temeinicia instituirii în sarcina autorității contractante a obligației de verificare asupra existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verificatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor în condițiile în care în documentația de atribuire nu erau formulate cerințe în acest sens, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, ia în considerare că:

În luarea deciziei anterior menționate, CNSC a invocat, printre altele, ca și temei legal, considerentele Deciziei nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 8303/2/2017, din care se citează.

Analizând textul citat, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, reține că:

- instanța competentă s-a pronunțat în sensul în care pentru desfășurarea anumitor activități există obligația legală de deținere a unor atestări conform prevederilor legale;
- instanța competentă nu s-a pronunțat în niciun fel asupra obligativității autorității contractante de a verifica existența respectivelor atestări la un anume moment.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, este contrariată de faptul că practica Consiliului nu se dovedește a fi statornică în privința cerințelor de calificare care nu se regăsesc în documentația de atribuire publicată, în acest sens, identificând Deciziile CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018 și Decizia CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021, din care se citează.

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, reține că Decizia nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel

București în dosarul 8303/2/2017 este anterioară atât Deciziei CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018, cât și Deciziei CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021, invocate anterior și în care CNSC s-a pronunțat, în sensul în care documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în lipsa oricărei contestații împotriva acesteia și că autoritatea contractantă nu era abilitată să verifice decât îndeplinirea acelor cerințe pe care a înțeles să le impună, iar nu a unora străine de aceasta, precum și că orice altă raportare la documente care exced cadrului documentației de atribuire postată în SICAP, ar conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și al transparenței.

În eventualitatea în care Decizia nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 8303/2/2017 ar fi instituit în sarcina autorității contractante, intimată în speța respectivă, obligația de a verifica existența autorizațiilor / atestatelor respective încă de la momentul evaluării ofertelor depuse, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, apreciază că acest lucru ar fi fost cunoscut de către CNSC, iar emiterea la datele de 23.10.2018 și respectiv 14.04.2021 a celor două decizii ale CNSC nu ar fi fost posibilă, întrucât ar fi fost în contradicție cu spiritul și litera unei hotărâri anterioare a instanței de judecată competentă material și teritorial.

Într-o atare situație, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară constată că aplicarea întocmai a Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, denumită în continuare Decizia CNSC, este de natură să pună autoritatea contractantă în situația de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor, situație sesizată de experții cooptați în comisia de evaluare și consemnată ca atare în pag. 1 din 76 a Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021.

Astfel, în cazul în care s-ar dovedi că punctul de vedere al experților cooptați este cel legal și temeinic, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, descrie o astfel de situație și consecințele acesteia prin următoarele:

Orice acțiune sau inacțiune a autorității contractante prin care aceasta se pune în situația de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor, este incriminată ca și abatere/neregulă potrivit prevederilor de la pct. 1 din Tabelul aflat în paragraful (2) Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor din Secțiunea A Anexei nr. 2: Abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Excepția prevăzută de legiuitor nu ar putea fi invocată, întrucât cei doi ofertanți respinși se clas...ră pe locurile 1 și respectiv 2, conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP

2986/04.08.2021, astfel încât oferta asocierii clasată pe primul loc ar fi câștigat.

O astfel de abatere/neregulă se sancționează cu o corecție de 25% din quantumul fondurilor europene alocate autorității contractante, potrivit prevederilor de la pct. 1 din Tabelul aflat în paragraful (2) Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor din Secțiunea A Anexei nr. 2, parte integrantă a Hotărârii Guvernului nr. 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexele la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

În situația ipotetică analizată, comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, constată că se găsește din nou în situația descrisă de circumstanțele de aplicare a art. 212 din Legea nr. 98/2016, care este citat.

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, a evidențiat prin subliniere incidența cumulată a prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și d) în situația ipotetică analizată și motivează prin următoarele:

(i) prin Decizia CNSC s-au modificat criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor, prin suplimentarea acestora;

(ii) prin efectuarea unei reevaluări în care se folosesc criterii de calificare și selecție care nu se regăsesc publicate în documentația de atribuire și, astfel, se încalcă principiul transparenței și al tratamentului egal.

1.2.2. Declarația ca inacceptabilă a ofertei asocierii ... - ... - ... - ... -

...

Acest fapt a fost consemnat ca atare în procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 4312/09.11.2021, sens în care se redă extrasul relevant.

Autoritatea contractantă arată că a constatat și în acest caz, că cei doi membri majoritari cu opinie similară din cadrul comisiei de evaluare, se aflau din nou puși în situația în care era evidentă armonizarea dintre conținutul Notelor de opinie separată înregistrate cu nr. 3968/20.10.2021 și respectiv nr. 4194/03.11.2021, din partea Președintelui comisiei de evaluare și respectiv conținutul Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, din partea experților fără drept de vot, cooptați în comisia de evaluare.

Din nou, având în vedere necesitatea de a găsi o modalitate de aplicare a prevederilor art. 128 alin. (6) din HG nr. 395/2016, în condițiile arătate mai sus, cei doi membri majoritari cu opinie similară din cadrul comisiei de evaluare nu puteau, pur și simplu, să ignore susținerile experților cooptați în comisia de evaluare, motiv pentru care, în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat cu nr. 4312/09.11.2021, a fost cuprins paragraful 1.2. Analiza situației ipotetice care derivă din punctul de vedere exprimat de experții cooptați, acest paragraf regăsindu-se ca și conținut la

pag. 137, 138, 139 și 140 ale respectivului proces verbal, acestea fiind evidențiate în facsimil în subparagraful precedent.

1.2.3. Constatarea faptului că asocierea ... - ... a depus toate documentele de natură să probeze că aceasta dispunea, la momentul depunerii ofertei, de autorizațiile legale necesare, având totodată o relație de subcontractare cu un verificador de proiecte

Acest fapt a fost consemnat ca atare în procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat cu nr. 4312/09.11.2021, sens în care se redă extrasul relevant.

1.3. Reevaluarea ofertei asocierii ... - ...

1.3.1. Asupra unor aspecte care nu se regăsesc în documentele elaborate de către comisia de evaluare, aspecte pe care cei doi membri majoritari cu opinii similare le-au prezentat conducerii autorității contractante în perioada premergătoare luării unei decizii de către conducerea acesteia asupra folosirii sau nu a căii legale de atac împotriva Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021

a) în perioada anterior menționată, membrii cu drept de vot din cadrul comisiei de evaluare, prin președintele acesteia, au făcut demersuri către consilierul juridic din cadrul proiectului POR, pentru folosirea căii de atac împotriva Deciziei Consiliului, prin depunerea unei plângeri la instanța competentă;

b) în data de 28.09.2021, care reprezenta ultima zi în care se putea acționa prin depunerea plângerii autorității contractante la instanța competentă, a avut loc o ședință la care au participat reprezentanții conducerii ..., consilierul juridic din cadrul echipei de implementare a proiectului POR și membrii cu drept de vot din cadrul comisiei de evaluare (doi membri prezenți fizic, președintele comisiei de evaluare participând de la distanță prin intermediul unei sesiuni Zoom);

c) în cursul respectivei ședințe, membrii cu drept de vot din cadrul comisiei de evaluare au insistat pentru depunerea plângerii autorității contractante la instanța competentă, în acest sens invocând existența și conținutul Deciziei CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018 și respectiv al Deciziei CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021, pe care le identific...ră ca fiind relevante în demersul susținut;

d) de ...menea, în cursul aceleiași ședințe, membrii cu drept de vot din cadrul comisiei de evaluare, au declarat că au întâmpinat dificultăți în încercarea de a înțelege pe deplin conținutul respectivei Decizii a CNSC și, aflați sub presiunea timpului, au enumerat selectiv, pe scurt și fără a intra în detalii, chestiuni precum:

- interpretarea Consiliului pentru noțiunea de „abatere tehnică minoră”;

- interpretarea Consiliului pentru noțiunea de „eroare aritmetică”,

- modalitatea de efectuare a reevaluării impusă de Consiliu, prin reluarea evaluării financiare a tuturor celor trei oferte răm... în competiție.

e) în desfășurarea ședinței, consilierul juridic din cadrul echipei de implementare a proiectului POR, a dat citire proiectului de plângere din partea autorității contractante către Curtea de Apel a Municipiului București, în care au fost evidențiate inclusiv existența și conținutul Deciziei CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018 și respectiv al

Deciziei CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021, anterior menționate și a conchis să fie luată o decizie privind depunerea sau nu a acestei plângeri la instanța competentă;

f) în situația astfel creată, respectiv în care membrii comisiei de evaluare se exprim...ră fără echivoc pentru abordarea constând în folosirea căii legale de atac împotriva Deciziei CNSC, iar plângerea necesară în acest scop era redactată, reprezentanții conducerii autorității contractante au solicitat celor prezenți să evalueze potențialul grad de succes al demersului propus, ținându-se seamă de întârzierile de cel puțin 4 luni care deja au afectat sau pot afecta în continuare implementarea proiectului POR, dar niciuna dintre persoanele prezente nu a fost în măsură să predicționeze șansele de succes, niciuna neavând niciun argument spre a se antepunuta.

g) concluzia finală a ședinței a fost aceea că reprezentanții conducerii autorității contractante au luat în considerare necesitatea de a nu se prelungi suplimentar întârzierea care afectează implementarea proiectului POR și, astfel, nu au decis folosirea căii legale de atac împotriva Deciziei CNSC, reținând în context că membrii comisiei de evaluare se confruntă cu dificultăți în înțelegerea conținutului și a corpului dispozitiv al Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021.

h) pe cale de consecință, autoritatea contractantă s-a adresat Consiliului prin adresa nr. 10881/30.09.2021, pentru lămurirea aspectelor de neclaritate, iar prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, Consiliul a modificat și completat Decizia nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021.

1.3.2. Asupra unor aspecte care nu se regăsesc în documentele elaborate de către comisia de evaluare, aspecte pe care cei doi membri majoritari cu opinii similare le-au prezentat conducerii autorității contractante în perioada următoare depunerii contestației nr. 871/19.11.2021 de către asocieria contestatoare

Aspectele pe care cei doi membri majoritari cu opinii similare le-au prezentat conducerii autorității contractante după depunerea contestației nr. 871/19.11.2021, sunt în legătură cu unele elemente de conținut din Decizia nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, anume:

a) interpretarea Consiliului asupra netemeinicii unei solicitări din cuprinsul caietului de sarcini, anume de a fi oferite operațiunile de montaj aferente unor echipamente/utilaje care urmau să intre ulterior în proprietatea autorității contractante, evidențiată prin sintagma: *„După cum se poate observa, prin răspunsurile de clarificări, autoritatea contractantă a precizat foarte clar că:*

- Echipamentele aferente Fișei tehnice nr. 10 - Echipament tehnic - Pachet Videoproiector, Fișei tehnice nr. 11 - Suport Videoproiector și Fișei tehnice nr. 23 - Echipament tehnic - Data center, nu trebuie oferite întrucât nu fac obiectul achiziției.

Or, în contextul în care aceste echipamente nu fac obiectul achiziției, în virtutea principiului accesorium sequitur principale coroborat cu specificul contractelor de lucrări, rezultă că nici operațiunile accesorii de montaj ale acestor echipamente nu trebuiau oferite.”

Cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare, au prezentat interpretările lor cu privire la cele evidențiate în citatul de mai sus, astfel;

(i) coroborarea principiului *accessorium sequitur principale* cu specificul contractelor de lucrări nu reprezintă în niciun fel invocarea unui temei legal care să aibă forța de a interzice autorității contractante să solicite ofertarea unor operațiuni de montaj pentru echipamente/utilaje care urmau să intre în proprietatea acesteia în urma altor proceduri de achiziție publică.

(ii) în sprijinul afirmației anterioare, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare, consideră de maximă importanță că nu poate fi constituțională o astfel de abordare care limitează sau pune sub semnul îndoielii dreptul de dispoziție al proprietarului asupra bunului aflat sau care urmează a intra în proprietatea sa - trăsătură care, împreună cu dreptul de posesie și dreptul de uzufruct, definesc complet regimul proprietății, dreptul la proprietate fiind un drept garantat constituțional atât pentru persoanele fizice, cât și pentru persoanele juridice.

b) corelarea de către Consiliu a modului de evaluare a propunerilor tehnice și a celor financiare, extinzând aplicabilitatea noțiunii de „abatere tehnică minoră” atât asupra propunerii tehnice din cadrul ofertei depuse, cât și asupra propunerii financiare din cadrul aceleiași oferte, rezultată din sintagmele pe care autoritatea contractantă le citează.

Cu privire la sintagma *„Chiar dacă legiuitorul nu a definit sintagma «abatere tehnică minoră», problema interpretării acestei noțiuni nu se poate soluționa fără a recurge la regulile de interpretare legislativă”*, evidențiată și citată mai sus, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare au, prezentat opiniile lor, astfel:

(i) Faptul că legiuitorul nu a definit sintagma „abatere tehnică minoră”, se poate motiva prin simpla observație că, în etapa de evaluare a ofertelor, punerea în aplicare a legislației achizițiilor publice este încredințată unor persoane pentru care cerințele esențiale sunt probitatea morală, probitatea profesională, obiectivitatea, inexistența conflictului de interese și experiența dobândită în urma unor precedente exerciții similare în proceduri de achiziție anterioare.

(ii) În situația în care legiuitorul ar fi apreciat că noțiunea de „abatere tehnică minoră” necesită cunoașterea regulilor de interpretare legislativă, consecința firească ar fi fost fie aceea că legiuitorul ar fi formulat o recomandare legală, fie aceea că legiuitorul ar fi instituit chiar o normă din care să rezulte că în componența oricărei comisii de evaluare ar fi recomandat sau ar trebui să se regăsească un membru cu sau fără drept de vot, dar care în mod obligatoriu să aibă calificarea de consilier juridic.

(iii) În consecința celor prezentate anterior, cei doi membri majoritari cu opinie similară din comisia de evaluare susțin ideea că existența sau nu a unei abateri tehnice minore se stabilește strict în contextul legiferat în care se folosește noțiunea de „abatere tehnică minoră”, respectiv art. 134 alin. (7) lit. b), alin. (8) și alin. (9) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, care este citat.

c) contextul în care Consiliul se pronunță din nou asupra netemeinicieii aceleiași solicitări din cuprinsul caietului de sarcini, anume de

a fi oferțate operațiunile de montaj aferente unor echipamente/utilaje care urmau să între ulterior în proprietatea autorității contractante și respectiv interpretarea de către Consiliu a semnificației noțiunii de „eroare aritmetică”, în sensul în care aceasta ar echivala ca și semnificație ori s-ar putea asimila ca și aplicabilitate în cazul lipsei unei părți componente a propunerii financiare, respectiv a lipsei Devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice, așa cum rezultă din sintagmele evidențiate în continuare prin citat.

- cu privire la sintagma subliniată mai sus, în care Consiliul reia netemeinicia solicitării inclusă în caietul de sarcini ca și cerință obligatorie, procedând prin reducere la absurd pentru admiterea acestei cerințe, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare și-au prezentat anterior opiniile lor, arătând că o astfel de interpretare este de natură să încalce dreptul de dispoziție al autorității contractante asupra unor bunuri care urmează a intra în proprietatea sa, dreptul de proprietate fiind consfințit prin Constituția României pentru toate persoanele.

- cu privire la sintagma evidențiată în citatul de mai sus, în care Consiliul consideră ca fiind eroare aritmetică lipsa unui deviz care, obligatoriu trebuia să se regăsească în conținutul propunerii financiare a asocierii contestatoare și admite posibilitatea de a se asimila pretinsa „eroare aritmetică” unei abateri tehnice minore, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare opinează în sensul în care:

(i) Noțiunea / sintagma „eroare aritmetică” nu este nici ea definită de către legiuitor, motiv pentru care se poate aprecia că legiuitorul nu a considerat necesară o definiție a acesteia și că, pentru aplicarea legislației relevante, înțelesul noțiunii/sintagmei respective este cel dat de cunoașterea comună.

Pentru ilustrarea sensului dat de cunoașterea comună, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare, prezintă spre exemplificare, o situație familiară oricărei persoane care a absolvit cursurile unei școli gimnaziale (un exercițiu de aritmetică).

(ii) Pe baza exemplificării de nivel de pregătire elementar prezentată la punctul precedent, cei doi membri majoritari cu opinii similare din comisia de evaluare conchid că:

- în niciun caz, lipsa devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asocieria contestatoare nu se poate asimila unei erori aritmetice;

- pe cale de consecință, la precedenta evaluare, comisia de evaluare nu putea solicita îndreptarea unei așa-zise erori aritmetice dintr-un document inexistent (devizul care nu a fost regăsit pentru că nu fusese depus în corpul ofertei inițiale);

- abordarea potrivit căreia o eroare aritmetică s-ar putea asimila unei abateri tehnice minore nu este acceptabilă, întrucât textele de lege aplicabile situațiilor în care se manifestă abaterea tehnică minoră, respectiv art. 134 alin. (7) lit. b), alin. (8) și alin. (9) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, evidențiate prin citat și care se referă la abaterea tehnică minoră, dar nu fac nici corelare și nici trimitere către situațiile în care se tratează depistarea erorii aritmetice;

- dacă s-ar face o paralelă între exemplificarea de nivel de pregătire elementară prezentată la punctul precedent și situația speței analizate, s-ar putea spune că, în exemplificarea anterior menționată, faptul că „un elev predă foaia goală”, ar trebui să îl oblige pe cadrul didactic examinator să o considere ca fiind o eroare aritmetică, eventual să o asimileze unei abateri minore și să procedeze conform regulamentului didactic pentru tratarea unei abateri minore.

1.3.3. Referiri asupra modului în care comisia de evaluare, prin cei doi membri majoritari cu opinii similare, a procedat la aplicarea întocmai a Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021, cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021

După cum autoritatea contractantă a arătat și în paragrafele anterioare, în toate documentele cerute de legislația în vigoare a fi întocmite în efectuarea reevaluării, comisia de evaluare, prin cei doi membri majoritari cu opinii similare, a procedat la aplicarea întocmai a dispozitivului Deciziei CNSC, luând ca referință o serie de sintagme, care sunt citate.

Mai mult decât atât, în raționamentul efectuat pentru stabilirea existenței sau nu a abaterii tehnice minore în speța avută în vedere, cei doi membri majoritari cu opinii similare din cadrul comisiei de evaluare, au încercat și au reușit să concluzioneze asupra acestei chestiuni fără a ieși din restricția la incidența exclusivă a art. 134 alin. (7) — (9), impusă prin Decizia CNSC.

Acest aspect apare cu deplină claritate în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 4312/09.11.2021, sens în care se redă un extras considerat relevant.

Astfel, comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, constată incidența dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (8) și alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora modificarea făcută de asociere reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, cât și cu depunerea unei noi oferte, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.

Prin urmare, în mod just și legal, comisia de evaluare s-a pronunțat pentru respingerea ofertei asocierii contestatoare, respingere care a fost, de altfel, evidențiată în precedentul Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

Pentru buna înțelegere a desfășurării evenimentelor, comisia de evaluare reamintește că asocierea a depus contestația emisă cu nr. 590/12.08.2021, prin care aceasta învederează Consiliul cu mai multe aspecte, din care comisia de evaluare le reține pe cele care au incidență asupra solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021 și respectiv a răspunsului de clarificări emis de asociere cu nr. 543/28.07.2021, anume:

a) accețiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, referitor la Formularul F3;

b) accețiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, arătând că a fost transmisă și comisiei de evaluare;

c) accepciunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la neobligativitatea ofertării operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice;

d) accepciunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la cuantificarea valorică a operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice;

e) accepciunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la comportamentul așteptat de asociere din partea comisiei de evaluare.

Din elementele enumerate anterior, rezultă cu claritate că asocierea contestatoare nu a avut niciun moment intenția să precizeze în fața CNSC că propunerea sa tehnică inițială includea graficul de execuție a contractului (graficul Gantt), în cuprinsul căruia, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46 era evidențiată activitatea „06. Montaj Echipam. Inst. Electrice – 50 days – 13.07.23 – 20.09.23”.

Astfel, CNSC nu putea deduce în niciun fel că:

- prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, asocierea a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet, prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

- prin această modificare a propunerii tehnice inițiale, asocierea a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini;

- potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere poate fi interpretată ca și depunerea unei noi oferte;

- potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.

În fapt, comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, nu putea cere asocierii contestatoare să îndrepte o pretinsă eroare aritmetică dintr-un deviz inexistent în propunerea financiară și nici să încadreze în categoria de abatere tehnică minoră o modificare a ofertei efectuată în mod voluntar și unilateral de către aceasta și care reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, cât și cu depunerea unei noi oferte.

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, se vede pusă în situația de a analiza situația creată, ținând seamă de următoarele elemente:

- a) prin răspunsul de clarificări emis de asociere cu nr. 543/28.07.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021, aceasta a procedat în mod voluntar și unilateral la modificarea propunerii sale tehnice inițiale, motiv pentru care în speță sunt incidente:

- dispozițiile exprese ale art. 134 alin. (9) lit. d) din HG nr. 395/2016, întrucât modificarea făcută de asociere reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore;

- prevederile exprese ale art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016, pe baza cărora comisia de evaluare interpretează că asocierea a procedat la depunerea unei noi oferte.

b) prin răspunsul de clarificări emis de asociere cu nr. 815/25.10.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 3989/21.10.2021, readuce în discuție existența operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului neregăsit în ofertă, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46, în contradictoriu cu conținutul ofertei sale, actualizat prin răspunsul de clarificări pe care asocierea l-a emis cu nr. 543/28.07.2021;

Pe cale de consecință, comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, conchide că asocierea contestatoare propune o nouă modificare a ofertei sale, în sensul revenirii la forma inițială a acesteia, adică propune de fapt anularea răspunsului de clarificări emis de aceasta cu nr. 543/28.07.2021, aspect imposibil de a fi luat în calcul, deoarece conținutul acestuia a generat succesiv respingerea ofertei asocierii, emiterea contestației de către aceasta și ulterior emiterea Deciziei CNSC.

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, se confruntă cu următoarele aspecte care derivă din conținutul răspunsului de clarificare emis de asocierea contestatoare cu nr. 815/25.10.2021, din care se evidențiază în continuare că:

- asocierea propune a fi admisă o nouă modificare a ofertei sale, în sensul aducerii acestei oferte la forma sa inițială;
- asocierea propune abordarea constând în alternativa fie de executare a lucrărilor de montaj respective în quantumul valoric actual al ofertei, fie de aducere a corecțiilor la propunerea financiară, pe considerentul existenței unei abateri tehnice minore.

O astfel de conduită este de natură să pună autoritatea contractantă în situația de negociere pe parcursul procedurii de atribuire, inclusiv modificarea ofertei câștigătoare în timpul evaluării, cu excepția situațiilor permise de legislația națională.

Orice acțiune sau inacțiune a autorității contractante, prin care aceasta se pune în situația evidențiată anterior, este incriminată ca și abatere / neregulă, potrivit prevederilor de la pct. 4 din Tabelul aflat în paragraful (2) Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor din Secțiunea A Anexei nr. 2: Abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare, care este citat.

Astfel, excepția prevăzută de legiuitor, nu poate fi invocată, întrucât s-a demonstrat cu claritate că existau toate elementele necesare pentru a se conchide pentru menținerea concluziei de respingere a ofertei asocierii contestatoare.

Totodată, o astfel de abatere / neregulă se sancționează cu o corecție de 25% din quantumul fondurilor europene alocate autorității contractante, potrivit prevederilor de la pct. 4 din Tabelul aflat în paragraful (2) Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor din Secțiunea A Anexei nr. 2: Ratele pentru stabilirea reducerilor procentuale/corecțiilor financiare care se aplică pentru abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a Hotărârii Guvernului nr. 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexele la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la incidența dispozițiilor art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, citate, comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, prezintă următorul raționament:

- modificările aduse propunerii sale tehnice inițiale de către asociere prin răspunsul de clarificare emis cu nr. 543/28.07.2021, nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. a) din HG nr. 395/2016, neputând fi încadrate în categoria viciilor de formă;

- modificările aduse propunerii sale tehnice inițiale de către asociere prin răspunsul de clarificare emis cu nr. 543/28.07.2021, nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. b) din HG nr. 395/2016, acestea reprezentând atât o diminuare calitativă în raport cu conținutul propunerii sale tehnice inițiale conform prevederilor art. 134 alin. (9) lit. d), cât și cu echivalentul depunerii unei noi oferte, conform prevederilor art. 134 alin. (8) din același act normativ.

2. Opiniile autorității contractante asupra reevaluării și a criticilor aduse acesteia de către asocierea contestatoare

2.1. Principalul aspect luat în considerare de către autoritatea contractantă este acela că, în aplicarea întocmai a Deciziei CNSC, prin cei doi membri majoritari cu opinii similare, comisia de evaluare a sintetizat concluzia sa prin sintagma: *„În fapt, Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, nu putea cere asocierii să îndrepte o pretinsă eroare aritmetică dintr-un deviz inexistent în propunerea financiară a asocierii și nici să încadreze în categoria de abatere tehnică minoră o modificare a ofertei efectuată în mod voluntar și unilateral de către asociere și care reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, cât și cu depunerea unei noi oferte.”*

2.2. Un alt aspect important este acela că, prin cei doi membri majoritari cu opinii similare, comisia de evaluare a reușit să determine, indubitabil, că asocierea contestatoare a căutat să ascundă în fața Consiliului faptul că în oferta sa inițială, în cuprinsul graficului Gantt, asocierea contestatoare ofert..., de fapt și de drept, operațiunile de montaj pe care ar fi trebuit să le și cuantifice valoric în devizul Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice, care nu s-a regăsit în propunerea financiară depusă de asocierea contestatoare.

Rămâne evident că, în precedenta contestație, asocierea contestatoare a negat cu vehemență că ar fi ofertat respectivele operații de montaj, cu argumente aduse spre a susține lipsa de necesitate a ofertării acestor operații, argumente care au și fost însușite de către Consiliu, căruia i-a fost indubitabil indusă ideea că asocierea contestatoare nu indic... în propunerea tehnică depusă inițial respectivele operații de montaj.

2.3. În urma analizei efectuate de către comisia de evaluare, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, a fost identificată situația la care s-a ajuns, ținând seamă de realitatea și exactitatea faptelor:

Pasul 1 (premergător începerii evaluării inițiale)

Asocierea a depus oferta sa inițială, având în conținutul acesteia inclusiv informația referitoare la operațiunile de montaj, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46;

Pasul 2 (în timpul derulării evaluării inițiale)

După examinarea propunerilor tehnice, comisia de evaluare a trecut la evaluarea propunerilor și a cerut clarificări asupra lipsei devizului din propunerea financiară a asocierii.

Așa cum reiese din conținutul scrisorii de solicitare de clarificări, comisia de evaluare nu a formulat în niciun fel vreo referire din care să rezulte că s-ar fi cerut vreo modificare sau vreo corecție a propunerii tehnice depusă inițial de asociere.

Pasul 3 (în timpul derulării evaluării inițiale)

Asocierea a transmis scrisoarea nr. 543/28.07.2021, în care a argumentat lipsa acestui deviz din propunerea financiară depusă, prin folosirea sintagmei *„Astfel, prin eliminarea articolelor componente ale devizului de Instalații Electrice, devizul a devenit nul, nemaifăcând obiectul ofertării tehnico-financiare.”*

Se face precizarea că articolele componente ale devizului nu sunt echipamente / utilaje care nu trebuiau ofertate, ci sunt chiar operațiile de montaj pentru aceste bunuri și că aceste operații de montaj trebuiau ofertate.

Eliminarea articolelor componente ale devizului din obiectul ofertării tehnico-financiare a asocierii, a însemnat pentru comisia de evaluare o modificare evidentă a propunerii tehnice inițiale a acesteia, care, coroborată cu lipsa devizului, au condus la concluzia de respingere a ofertei asocierii, consemnată ca atare în documentele precedentei evaluări.

Pasul 4 (depunerea contestației precedente)

Asocierea contestatoare a depus precedenta contestație în care, printre altele, s-a străduit să convingă Consiliul asupra faptului că *ab initio* nu ofert... operațiunile de montaj în cauză, inducând Consiliului ideea că în propunerea tehnică inițială ar fi existat o lipsă, care ar fi putut fi asimilată unei abateri tehnice minore și că acest aspect nu ar fi fost în mod obiectiv analizată și tratată.

În toată argumentația adusă cu abilitate, asociația contestatoare nu a făcut niciun moment referire la aspectul esențial, anume că oferta sa inițială, avea în conținutul acesteia informația referitoare la operațiunile de montaj, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46.

Pasul 5 (emiterea Deciziei CNSC)

De bună credință, Consiliul a admis și și-a însușit argumentația asociației contestatoare, nu a văzut nimic neobișnuit în faptul, perfect posibil, ca niște operațiuni de montaj evaluate la o sumă infimă de către contestator, să fi fost cumva omise din propunerea tehnică inițială a acestuia.

În lipsa informației esențiale, care a fost evidențiată mai sus, indus astfel în eroare, Consiliul a formulat decizia în care se regăseau toate elementele urmărite de asocierea contestatoare pentru atingerea scopului declarat explicit de aceasta în contestația precedentă: eliminarea celorlalți doi concurenți, pe motivul inexistenței unor autorizații și a disponibilității de verficatori de proiecte (nesolicitate în caietul de sarcini), iar ea însăși să beneficieze de posibilitatea tratării potrivit legii a pretenției și inexistenței abateri tehnice minore.

Opinia autorității contractante este aceea că raționamentul comisiei de evaluare (prin cei doi membri majoritari cu opinie similară) este efectuat cu claritate, pe deplin întemeiat și, pe cale de consecință, autoritatea contractantă își exprimă convingerea asupra realității și exactității concluziilor comisiei de evaluare, exprimate de cei doi membri majoritari cu opinie similară, anume că:

- Propunerea tehnică inițială a asocierii contestatoare a avut un caracter complet, indiferent de vehemente negații ale acesteia asupra acestui aspect și de faptul că asocierea contestatoare a reușit să inducă în eroare Consiliul prin omiterea de a prezenta existența unei informații al cărei caracter s-a dovedit esențial, aceea că în cuprinsul graficului Gantt, asocierea contestatoare ofert..., de fapt și de drept, operațiunile de montaj pe care ar fi trebuit să le și cuantifice valoric în devizul Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice;

- Prin emiterea scrisorii nr. 543/28.07.2021, asocierea contestatoare a formulat o sintagmă de natură să conducă la concluzia că elimină în mod voluntar și conștient orice referire la operațiunile de montaj în cauză, producând astfel o diminuare calitativă a întregului ansamblu al ofertei sale;

- Pe bună dreptate, comisia de evaluare nu a încadrat o diminuare calitativă a ofertei în categoria unei abateri tehnice minore.

- În cuprinsul graficului Gantt, asocierea contestatoare ofert..., de fapt și de drept, operațiunile de montaj pe care ar fi trebuit să le și cuantifice valoric în devizul Instalații Electrice - 006 Montaj.

2.4. Asupra elementelor aduse prin depunerea celei de-a doua contestații

2.4.1. Elemente inacceptabile din conținutul contestației

a. Elemente din contestație în contradictoriu cu principiile de drept

Autoritatea contractantă citează alin. (9) de la pag. 3 și alin. (29) lit. b) din contestația nr. 871/19.11.2021 și susține că asocierea contestatoare interpretează prevederile art. 134 alin. (9) lit. d), în sensul în care îi convine, prin aducerea în context a prevederilor art. 3 alin. (1) lit. gg).

Astfel, în accepțiunea comisiei de evaluare (prin cei doi membri majoritari cu opinii similare), interpretarea art. 134 alin. (9) lit. d) se face ținând cont de principiul de drept „unde legea nu distinge, nu distingem nici noi”, respectiv că o diminuare calitativă asupra oricărei părți a ofertei

este de natură să producă diminuarea calitativă a ansamblului întregii oferte.

Mai mult decât atât, comisia de evaluare (prin cei doi membri majoritari cu opinii similare) nu înțelege cum se poate asocia propunerii financiare noțiunea de calitate.

b. Elemente din contestație în contradictoriu cu Decizia CNSC

La pag. 4 a contestației nr. 871/19.11.2021, în cuprinsul aliniatului numerotat cu (13), se regăsește sintagma: *„(13) Procedând la analiza criticilor noastre, Consiliul a stabilit că subscrisa trebuia să ofertăm operațiunile de montaj ale respectivelor echipamente”* și, după cum se poate vedea, asocierea contestatoare atribuie Consiliului stabilirea caracterului imperativ al ofertării respectivelor operații de montaj, dar după cum s-a arătat la paragraful 1.3.2. lit. a), este evident că, însușindu-și argumentația contestatoarei la precedenta contestație, la momentul emiterii deciziei, Consiliul a făcut afirmația: *„Or, în contextul în care aceste echipamente nu fac obiectul achiziției, în virtutea principiului accesorium sequitur principale coroborat cu specificul contractelor de lucrări, rezultă că nici operațiunile accesorii de montaj ale acestor echipamente nu trebuiau oferite.”*

De ...menea, la paragraful 1.3.2. lit. c), autoritatea contractantă a arătat că, însușindu-și argumentația contestatorului la precedenta contestație, la momentul emiterii deciziei, Consiliul a făcut afirmația: *„Mai mult, chiar dacă s-ar admite prin absurd că respectivul contestator ar fi trebuit să oferteze operațiunile de montaj pentru echipamentele ce fac obiectul Fișei tehnice nr. 10 - Echipament tehnic - Pachet Videoproiector, Fișei tehnice nr. 11 - Suport Videoproiector, valoarea acestor operațiuni ar fi una infimă, respectiv de 800 lei (fără TVA), adică 0,009% din valoarea ofertei financiare”*.

Comparând, pe de-o parte afirmația făcută de către contestator în cuprinsul contestației nr. 871/19.11.2021, care a fost evidențiată anterior cu ceea ce se regăsește, pe de altă parte, în conținutul indubitabil al Deciziei CNSC, din care s-au reluat cele două citate, concluziile care se pot desprinde sunt:

- fie contestatorul are dreptate și Consiliul nu a demonstrat consecvență;
- fie contestatorul se aventurează și atribuie Consiliului o afirmație sau o concluzie pe care acesta nu a enunțat-o.

c. Elemente din cea de a doua contestație, care, în interpretarea autorității contractante, conduc la impresia că ar avea un caracter oarecum anacronic

La pag. 6 a contestației nr. 871/19.11.2021, în cuprinsul aliniatului numerotat cu (19), se regăsește sintagma: *„(19) Reiterăm în acest sens că prin decizia CNSC, autoritatea contractantă a fost obligată să verifice dacă omisiunea noastră de a oferta operațiunile de montaj și implicit de a include în oferta financiară devizul 006 - Montaj echipamente instalații electrice REPREZINTĂ SAU NU O ABATERE TEHNICĂ MINORĂ.*

Prin decizia CNSC s-a stabilit cu autoritate de lucru judecat că subscrisa am omis să ofertăm articolele cuprinse în devizul 006-Montaj

echipamente instalații electrice, dar și că autoritatea trebuie să verifice dacă această omisiune reprezintă o abatere tehnică minoră.”

La pag. 11 a contestației nr. 871/19.11.2021, chiar la începutul paginii, evidențiată cu lit. d), se regăsește sintagma: „d) Prin decizia CNSC oricum s-a reținut definitiv și irevocabil că subscrisa nu am oferat respectivele operațiuni de montaj, astfel că întreg raționamentul autorității potrivit căruia de fapt am fi oferat acele activități, este de natură să încalce soluția obligatorie stabilită de Consiliu.”

Opiniile autorității contractante, bazate pe analiza efectuată de către comisia de evaluare (prin cei doi membri majoritari cu opinii similare), sunt că:

- Nimeni nu (mai) poate susține autoritatea unui lucru judecat în lipsa unor informații esențiale, de natură a modifica din temelii acel lucru;

- Ideea că s-ar putea stabili definitiv și irevocabil printr-o Decizie a CNSC că în cuprinsul unei propuneri tehnice inițiale se regăsesc sau nu anumite elemente, când aceste elemente se regăsesc cu claritate în respectiva propunere tehnică, ține de caracterul oarecum anacronic al dogmei scolastice medievale *magister dixit*, în condițiile în care prin Decizia CNSC:

- indubitabil a fost impusă reevaluarea ofertelor cu indicarea strictă a legislației incidente pentru această reevaluare;

- nu rezultă în niciun fel că efectuarea reevaluării trebuie să se facă pe alte baze decât pe conținutul ofertelor inițiale și pe cele ale scrisorilor cu răspunsuri de clarificare din partea ofertanților;

- nu rezultă în niciun fel că efectuarea reevaluării trebuie să se facă într-un anume fel pentru eventuala obținere a unui anume rezultat în urma reevaluării.

- Raționamentul contestatorului este oarecum inconsecvent, chiar și cu anacronica dogmă scolastică medievală *magister dixit*, deoarece critică comisia de evaluare că nu s-ar supune autorității lucrului judecat, dar pentru sine, acesta consideră că nu are obligația de a manifesta aceeași abordare în privința autorității lucrului judecat de Consiliu și care îi este și sieși opozabilă, în contextul în care CNSC s-a pronunțat cu claritate în cuprinsul aceleiași Decizii că nu se substituie comisiei de evaluare.

2.4.2. Elemente din documentele emise de autoritatea contractantă prezentate trunchiat în conținutul contestației pentru ca asocierea contestatoare să își creeze posibilitatea de a denatura sensul real al conținutului documentelor în cauză

a) Asupra motivului real de anulare a procedurii de atribuire

Autoritatea contractantă citează sintagmele (33) – (36) de la pag. 11 a contestației nr. 871/19.11.2021 și arată că asocierea contestatoare omite să precizeze informații cu caracter esențial.

Astfel, autoritatea contractantă face precizările care se impun:

(i) pct. 5.2 din cadrul Raportului nr. 4336/10.11.2021 are semnificativul și sugestivul titlu: Analiza situației ipotetice care derivă din punctul de vedere exprimat de experții cooptați;

(ii) orice sintagmă preluată din conținutul punctului 5.2. trebuie interpretată doar din perspectiva unei situații ipotetice, care a trebuit luată

în considerare din cauză că deriva din punctul de vedere exprimat de către experții cooptați în comisia de evaluare;

(iii) pct. 5.3 din cadrul Raportului nr. 4336/10.11.2021 are semnificativul și sugestivul titlu: Concluzii finale, iar din conținutul acestuia se redă un citat, în care se exprimă cu claritate faptul că, prin cei doi membri majoritari cu opinii similare, comisia de evaluare a arătat că a respectat Decizia CNSC și că s-a supus acesteia.

b) Asupra impresiei contestatorului în legătură cu impactul OUG nr. 66/2011, cu modificările și completările ulterioare

Autoritatea contractantă citează alin. numerotat (12) de la pag. 11 și în continuare la pag. 12 a contestației nr. 871/19.11.2021 și susține că asocierea contestatoare se antepuntonță asupra incidenței actului normativ la care a făcut referire.

În mod aparent surprinzător, organele de inspecție și control care verifică respectarea prevederilor OUG nr. 66/2011, au inclusiv obligația de a identifica orice elemente de natură să conducă la suspiciunea de fraudă.

Sintagma nu este greșit folosită, deoarece în momentul în care respectivele organe au suficiente elemente pentru a formula o astfel de concluzie, obligația subsecventă imediată este aceea de a anunța atât organele naționale, cât și pe cele europene, care au competente și atribuții în cercetarea posibilelor fraude care pot afecta fonduri europene.

Explicația derivă din faptul că, la nivel european, în aplicarea principiului echilibrului european și respectiv al principiului concertului european, au fost preluate în dreptul european, atât elemente din dreptul anglo-saxon, cât și elemente din dreptul specific celorlalte țări.

Una din noțiunile cunoscute că aparțin dreptului anglo-saxon este aceea exprimată prin sintagma „reasonable doubt”, adică îndoială rezonabilă, care în aplicare permit organelor de cercetare/anchetă să invoce această rezonabilă îndoială în orice situație de suspiciune în care se află subiectul-persoana aflată în cercetare/anchetă.

Organele europene aplică cu prioritate normele de drept europene în temeiul cărora funcționează, iar OUG nr. 66/2011 nu face nicio referire la circumstanțele existenței sau nu a unei decizii definitive pronunțate de către o instanță competentă pe teritoriul României, deoarece este un instrument de legiferare adoptat de către Statul Român pentru a demonstra că protejează interesele europene în România, iar adoptarea acestui act normativ a fost o condiție impusă României pentru a accesa în continuare fonduri europene rambursabile sau nerambursabile.

Autoritatea contractantă reamintește că, potrivit dispozițiilor Constituției României, prevederile tratatelor internaționale la care România este parte, au prioritate și prevalează în fața tuturor normelor de drept național.

La acest punct al expunerii, se face precizarea că, prin conținutul scrisorii de clarificare emisă de asocierea contestatoare cu nr. 815/25.10.2021, aceasta s-a oferit să sprijine activitatea comisiei de evaluare și, în acest sens, se citează respectivele sintagme.

Concluzionând, ... solicită Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor respingerea contestației ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., în principal, în conformitate cu prevederile Legii nr. 101/2016, pentru

neconformitatea propunerii financiare a operatorului economic ..., cu cerințele minimale solicitate prin caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 909/06.12.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 63133/06.12.2021, ... transmite Concluzii Scrise, prin care își menține criticile formulate în cadrul contestației ce face obiectul dosarului nr. 3028/2021, iar suplimentar face următoarele precizări, în raport de criticile formulate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere nr. DP 4657/25.11.2021:

I. Excepția tardivității contestației se impune a fi respinsă ca nefondată

Prin intermediul punctului de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind tardiv formulată.

În raport cu această cerere, se face precizarea că atât raportul procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021, cât și comunicarea privind rezultatul procedurii de atribuire nr. DAP4342/11.11.2021, au fost puse la dispoziție de autoritatea contractantă în data de 12.11.2021, prin utilizarea facilităților tehnice din SEAP.

Prin urmare, ultima zi în care contestația putea fi transmisă era în data de 19.11.2021, aspect evidențiat și de autoritatea contractantă.

Contestatorul arată că a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, în data de 19.11.2021, împrejurare pe care o dovedește prin următoarele documente:

- AWB nr. 6723157710001 potrivit căruia contestația transmisă către CNSC a fost depusă la Fan Curier Express în data de 19.11.2021, ora 15:10 și a fost recepționată de destinatar în data de 22.11.2021;

- AWB nr. 6723157710002 potrivit căruia contestația transmisă către autoritatea contractantă a fost depusă la Fan Curier Express în data de 19.11.2021, ora 15:43 și a fost recepționată de destinatar în data de 22.11.2021;

- suplimentar, tot în data de 19.11.2021, ora 18:42, s-a transmis contestația atât către CNSC, cât și către autoritatea contractantă, prin intermediul poștei electronice.

Având în vedere aceste aspecte, rezultă că asocierea contestatoare a transmis contestația în termenul prescris de lege, motiv pentru care excepția ridicată de autoritatea contractantă se impune a fi respinsă ca nefondată.

În continuare, asocierea contestatoare reiterează aspecte cu privire la:

II. Decizia de respingere a ofertei sale este netemeinică și nelegală

III. Decizia de anulare a procedurii de atribuire

Concluzionând, ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... solicită CNSC admiterea contestației, având în vedere faptul că își menține criticile formulate.

Din înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

În calitate de autoritate contractantă, ... a inițiat o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „*Servicii de proiectare și execuție lucrări «Consolidarea,*

reabilitarea și modernizarea Corpului C2 (B), S+P+3E, Săli de curs» SMIS 123788, în cadrul POR/2017/10/10.1/10.3/BI”, cod CPV 45000000-7 Lucrări de construcții (Rev.2), prin publicarea în SICAP a anunțului de participare simplificat nr.

Conform anunțului de participare simplificat și a documentației de atribuire, criteriul de atribuire este „cel mai bun raport calitate-preț”, iar valoarea totală estimată a contractului de lucrări este de 10.101.253,05 lei, fără TVA.

În cuprinsul *Procesului-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. DAP2616/12.07.2021*, s-a consemnat faptul că 9 operatori economici au depus oferte, dintre aceștia fiind ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., contestatoarea din prezenta cauză.

Potrivit *Raportului procedurii nr. 4336/10.11.2021*, autoritatea contractantă a decis anularea procedurii de atribuire.

Comunicarea privind rezultatul procedurii a fost transmisă de autoritatea contractantă către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ... prin adresa nr. DAP4342/11.11.2021.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că aceasta vizează rezultatul procedurii de achiziție publică, fiind formulate critici cu privire la modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei asocierii contestatoare și anularea procedurii de atribuire.

Procedând la analiza cauzei, Consiliul constată că autoritatea contractantă ... a invocat *excepția tardivității contestației formulate de către ...*, motiv pentru care Consiliul face aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, conform căreia „*Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*” și se va pronunța cu prioritate asupra excepției, reținând faptul că, prin adresa nr. 909/06.12.2021, înregistrată la acesta cu nr. 63133/06.12.2021, autoarea contestației a formulat răspuns, prin care solicită respingerea excepției tardivității depunerii contestației la CNSC, apreciind că a respectat termenul legal prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016, contestația fiind transmisă la data de 19.11.2021 prin e-mail și curier.

Raportat la cele expuse anterior, Consiliul are în vedere faptul că, în prezenta speță sunt aplicabile dispozițiile art. 8 din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, conform căreia: „(1) *Persoana care se consideră vătămată de un act al autorității contractante poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: b) 7 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică/sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii*”, precum și cele ale art. 5

din același act normativ: „(1) Termenele procedurale stabilite de prezenta lege, exprimate în zile, încep să curgă de la începutul primei ore a primei zile a termenului și se încheie la expirarea ultimei ore a ultimei zile a termenului.

(2) Ziua în cursul căreia a fost comunicat un act procedural nu este luată în calculul termenului. Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”

Din probele administrate la dosarul cauzei, prin raportare la valoarea achiziției menționată în anunțul de participare simplificat nr. ... (10.101.253,05 lei) și a tipului de contract (lucrări), rezultă faptul că asocierea ... – ... a respectat termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, privind obligația operatorilor economici de a transmite contestația autorității contractante într-un anumit termen, respectiv în 7 zile începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul acesteia considerat nelegal, respectiv adresa nr. 4342/11.11.2021 privind comunicarea rezultatului procedurii și raportul procedurii înregistrat cu nr. 4336/10.11.2021, ambele fiind publicate în SICAP de autoritatea contractantă la data de 12.11.2021, așa cum rezultă și din afirmațiile acesteia.

Urmare primirii adresei nr. 4342/11.11.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, ... a transmis către CNSC și către autoritatea contractantă contestația, în termen, prin e-mail și prin curier, la data de 19.11.2021 (așa cum reiese din data înscrisă la expedierea e-mail-ului ce conține contestația și a plicului de corespondență, aflate la dosarul cauzei), fiind înregistrate la CNSC sub nr. 60857/22.11.2021 și nr. 60960/22.11.2021, respectiv la autoritatea contractantă cu nr. 13494/22.11.2021, respectându-se termenul legal de 7 zile prevăzut la art. 5 și art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În aceste condiții, constatându-se că ... a formulat și transmis la CNSC și autoritatea contractantă contestația în termenul legal, Consiliul respinge excepția invocată de către autoritatea contractantă ... referitoare la tardivitatea depunerii contestației de către ..., urmând a proceda la soluționarea, pe fond, a cauzei.

Așa cum a fost anterior reținut, autoarea contestației formulează critici cu privire la modalitatea de evaluare de către autoritatea contractantă a ofertei asocierii contestatoare și aspecte legate de decizia privind anularea procedurii de atribuire.

Preliminar, Consiliul are în vedere că în prezenta procedură de atribuire, anterior, a mai fost pronunțată Decizia nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, potrivit căreia contestația nr. 590/12.08.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 42288/12.08.2021, formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., împotriva adresei nr. DAP2994/04.08.2021 de comunicare a rezultatului procedurii, a fost admisă, reținându-se următoarele:

„Admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în (...) în contradictoriu cu ..., cu sediul în (...).

Anulează, în parte, Procesul-verbal nr. DAP 2907/28.07.2021 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, în

secțiunile care vizează ofertele depuse de asocierea ... - ...SRL, asocierea ... - ... - ... - ... - ... și asocierea ... - ..., precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la clarificarea și reevaluarea ofertelor depuse de asocierea ... - ...SRL, asocierea ... - ... - ... - ... - ... și asocierea ... - ... și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

După reevaluarea ofertelor și întocmirea noului proces-verbal, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Respinge cererea formulată de ..., privind obligarea contestatoarei la plata de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate ca urmare a depunerii contestației, ca inadmisibilă."

Împotriva acestei Decizii nu a fost formulată plângere.

Prin adresa nr. 10881/30.09.2021, înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 51353/30.09.2021, formulată de către ..., s-a solicitat explicitarea modalității de aplicare a deciziei, iar prin Încheierea nr. 2535/C7/2101/05.10.2021 s-a dispus lămurirea și completarea dispozitivului deciziei amintite, dispozitivul urmând să aibă următorul conținut:

„Admite contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... - ..., cu sediul în ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în ...

Anulează, în parte, Procesul-verbal nr. DAP 2790/21.07.2021 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, în secțiunile care vizează ofertele depuse de asocierea ... - ...SRL și asocierea ... - ... - ... - ... - ..., precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Anulează, în parte, Procesul-verbal nr. DAP 2907/28.07.2021 privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, în secțiunile care vizează ofertele depuse de asocierea ... - ...SRL, asocierea ... - ... - ... - ... - ... și asocierea ... - ..., precum și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresele autorității contractante de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă ... la clarificarea și reevaluarea ofertelor depuse de asocierea ... - ...SRL, asocierea ... - ... - ... - ... - ... și asocierea ... - ... și la emiterea noilor procese-verbale de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 zile de la data primirii prezentei decizii.

După reevaluarea ofertelor și întocmirea noilor procese-verbale, autoritatea va comunica ofertanților rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Respinge cererea formulată de ..., privind obligarea contestatoarei la plata de despăgubiri pentru prejudiciile cauzate ca urmare a depunerii contestației, ca inadmisibilă.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți."

Împotriva acestei Încheieri nu a fost formulată plângere.

Înainte de a proceda la soluționarea dosarului cauzei, Consiliul va enunța următoarele considerații de ordin general.

Astfel, conform doctrinei juridice, în conformitate cu dispozițiile art. 430 alin. (1) și (2) din N.C.P.C., alin. (1) - *"Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată";* alin. (2) - *"Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă".*

Corelativ, Consiliul reiterează următoarele dispoziții din Legea nr. 101/2016:

- art. 28 alin. (1) - "Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei;

- art. 29 – *“Deciziile Consiliului privind soluționarea contestației pot fi atacate de către autoritatea contractantă și/sau de către orice persoană vătămată de măsurile dispuse de Consiliu cu plângere la instanța de judecată competentă, atât pentru motive de nelegalitate, cât și de netemeinicie, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate;*

- art. 32 alin. (1) - *Instanța competentă să soluționeze plângerea formulată împotriva deciziei pronunțate de Consiliu este curtea de apel, secția de contencios administrativ și fiscal, în a cărei rază teritorială se află sediul autorității contractante. Plângerile se soluționează de complete specializate în achiziții publice.”*

Coroborând normele juridice anterior enunțate și având în vedere faptul că până în prezent niciuna dintre părți nu a exercitat calea de atac împotriva deciziei emise de către Consiliu, rezultă că în ceea ce privește *“obiectul cererii contestației deduse soluționării”*, Consiliul este obligat să ia în considerare, în mod exclusiv Decizia nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 deoarece la momentul soluționării prezentei contestații, aceasta este definitivă; altfel spus, nu mai este susceptibilă, de anulare sau modificare, decât prin intermediul căilor extraordinare de atac.

Pe cale de consecință, în situația în care părțile, în exercitarea propriei lor voințe, nu au exercitat nicio cale extraordinară de atac împotriva deciziei în cauză, Consiliul apreciază că, în mod automat, se prezumă că acestea au acceptat și însușit conținutul acesteia, perspectivă din care apreciază că dispozițiile actului juridic anterior invocat intră în sfera puterii lucrului judecat.

Prin urmare, Consiliul urmează a soluționa contestația în cauză, analizând modul în care autoritatea contractantă a respectat dispozițiile Deciziei nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 cu luarea în considerare a legislației în vigoare în domeniul achizițiilor publice și a argumentelor transmise de către petenți.

Raționamentul de mai sus este validat și de instanțele de judecată, spre exemplu Curtea de Apel București – Secția a VIII-a Contencios Administrativ și Fiscal (Decizia civilă nr. 510/ 27.01.2014), în sensul că *„efectele puterii de lucru judecat prezintă un dublu aspect: un aspect negativ pentru partea care a pierdut litigiul, în sensul că nu mai poate repune în discuție dreptul său într-un alt litigiu (...) în atare condiții, părțile din cauza judecată (...) sunt obligate să respecte întocmai decizia pronunțată”*.

Așadar analiza Consiliului va viza modul în care autoritatea contractantă a pus în aplicare Decizia Consiliului nr. 2036/C7/2101/13.09.2021.

Înainte de a proceda la analiza pe fond a aspectelor sesizate de S.C. CUBICON INVEST S.R.L., Consiliul găsește util a relua câteva dintre elementele pentru fixarea cadrului speței, consemnate în Decizia nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, respectiv:

“(…) În atare situație, Consiliul reține că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertei depuse de asocieria ... S.R.L. – ... S.R.L. sub aspectul reclamat, referitor la coteria/ofertarea montajului pentru echipamente conform Formularului F3 Obiectul: Instalații electrice, categoria de lucrări: 006-Montaj echipamente instalații electrice. (...).

Așadar în lipsa analizării de către membrii comisiei de evaluare a modului în care asocierile ... și de asocierea ... - ... fac dovada că pot presta serviciile/executa lucrările aferente obiectului contractului supus procedurii de atribuire, Consiliul obligă autoritatea contractantă, prin membrii comisiei de evaluare să reevalueze ofertele amintite pentru a verifica dacă aceste oferte sunt sustenabile, viabile și licite, astfel încât să poată stabili cu claritate posibilitatea acestora de a proiecta/executa respectivele lucrări. (...)

Așadar, în procesul de analiză și evaluare a ofertelor, cu privire la aspectele reținute anterior, achizitoarea trebuie să verifice și criticile formulate de modalitatea în care asocierile ofertante clasate pe primele două poziții asigură realizarea în mod legal a activității de verificare tehnică a proiectelor.

În atare situație, Consiliul reține că nu se poate substitui în atribuții comisiei de evaluare, motiv pentru care se impune reevaluarea ofertelor depuse de **asocierea, asocierea ... - ... și asocierea ... S.R.L. – ... S.R.L.**, prin **verificarea de către membrii comisiei de evaluare a tuturor aspectelor mai sus reținute.** ”

Acțiunile întreprinse de autoritatea contractantă pentru punerea în aplicare a Deciziei Consiliului nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 se regăsesc rezumate în cuprinsul punctului de vedere formulat și se regăsesc detaliate în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 4312/09.11.2021 de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini* și au constatat în următoarele, sens în care redăm extr...le relevante, astfel:

“(...) 1.1. Menținerea concluziilor de respingere a ofertelor aparținând unui număr de 6 operatori economici, conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

Asupra acestui aspect, confirmăm că, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, Comisia de evaluare a procedat întocmai, consemnând pentru fiecare dintre cei 6 ofertanți menținerea concluziei de respingere conform Deciziei CNSC, așa cum se poate observa din cuprinsul celor evidențiate în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu numărul 4312/09.11.2021, sens în care redăm extr...le relevante, astfel:

"Având în vedere faptul ca dispozițiile Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din data de 13.09.2021, precum și de completarea dispozitivului deciziei prin încheierea nr. 2535/C7/05.10.2021, prin care se prevede faptul ca vor fi analizate doar ofertele depuse de asocierea ...- ...SRL, asocierea ...- ...- ...- ... si asocierea ...- ..., ceilalți operatori economici care au depus oferte si care au fost evaluate fiind respinse prin raportul procedurii nr. 2986/04.08.2021 rămânând respinse conform deciziei Consiliului, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari în cadrul comisiei, a întocmit solicitări de clarificări identificate a fi necesare pe durata procesului de evaluare după data emiterii Deciziei, celelalte solicitări de clarificări, emise înainte de încheierea raportului procedurii 2986/04.08.2021 regasindu-se în procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini nr. 2790/21.07.2021."

1.2. Verificarea de către Comisia de evaluare a existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verifcatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor, pentru cei trei operatori rămași în competiție

Inclusiv asupra acestui aspect, confirmăm că, prin cei doi membri majoritari cu opinie similară, Comisia de evaluare a procedat întocmai, prin transmiterea unor solicitări de clarificări către cei trei ofertanți rămași în competiție, astfel:

- adresa DAP nr. 3990/21.10.2021, transmisă către asocierea ...S.R.L.- Lider, SC ...- Asociat, ofertantul clasat pe locul 1 conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021;

Destinatarul solicitării a răspuns prin scrisoarea emisă cu nr. 60/25.10.2021.

- adresa DAP nr. 3991/21.10.2021, transmisă către asocierea ...S.R.L.- Lider, ...- Asociat 1, ...- Asociat 2, ...- Asociat 3, ...- Asociat 4, ...SRL- Sub contractant, SC ...SRL- Sub contractant, ofertantul clasat pe locul 2 conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021;

Destinatarul solicitării a înaintat prin e-mail răspunsurile pe care le-a semnat electronic, motivând starea de nefuncționare a SEAP.

Asocierea nu a răspuns în termenul legal încărcând în SEAP răspunsul și formulând 3 emailuri care conțineau documente ce nu au putut fi accesate în totalitate în data de 25.10.2021 orele 23:44, 23:52, 23:52, motivând că nu a funcționat sistemul SEAP.

Totodată facem mențiunea ca operatorul economic a semnat electronic documentele depuse în cadrul emailului și a transmis cele 3 emailuri în termenul limita de depunere a ofertelor.

- adresa DAP nr. 3989/21.10.2021, transmisă către asocierea SC ...- lider, SC ... asociat cu subcontractanți ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, ... SRL, asociere a cărei ofertă fusese respinsă conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

Destinatarul solicitării a răspuns prin scrisoarea emisă cu nr. 815/25.10.2021.

În aplicarea Deciziei CNSC anterior menționată, verificările asupra existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verificatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor au condus la următoarele rezultate:

(...) 1.2.1. Declararea ca INACCEPTABILĂ a ofertei asocierii ...S.R.L.- SC ...SRL- Asociat

Acest fapt a fost consemnat ca atare în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu numărul 4312/09.11.2021, sens în care redăm extrasul relevant, astfel:

"Oferta admisibilă din punct de vedere tehnic, admisibilă cu un punctaj de 40 de puncte dar respinsă după reevaluarea conform deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din data de 13.09.2021 completată prin încheierea nr. 2535/C7/2101/05.10.2021.

Oferta declarată INACCEPTABILĂ în baza prevederilor Art. 134, alin (5) din HG 395/2016, deoarece răspunsul la clarificările solicitate este considerat neconcludent în conformitate cu modalitatea de evaluare impusă prin Decizia CNSC.

Asocierea nu a putut face dovada ca membrii și/sau subcontractanții declarați la data depunerii ofertei putea să ofereze în mod licit prestarea serviciilor de proiectare și respectiv executarea lucrărilor oferite și totodată dispunea în mod licit de posibilitatea de verificare a proiectelor tehnice în condițiile legii conform solicitării clare a CNSC. (...)

1.2.2. Declararea ca INACCEPTABILĂ a ofertei asocierii ... S.R.L.- Lider, ...- Asociat 1, ...- Asociat 2, ...- Asociat 3. ...- Asociat 4, ...SRL- Sub contractant, SC ...SRL- Sub contractant

Acest fapt a fost consemnat ca atare în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu numărul 4312/09.11.2021 sens în care redăm extrasul relevant, astfel:

"Oferta admisibilă din punct de vedere tehnic dar respinsă după reevaluarea conform deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din data de 13.09.2021 completată prin încheierea nr. 2535/C7/2101/05.10.2021.

Oferta declarată INACCEPTABILĂ în baza prevederilor Art. 134, alin (5) din HG 395/2016, deoarece răspunsul la clarificările solicitate este considerat neconcludent în conformitate cu modalitatea de evaluare impusă prin Decizia CNSC.

Asocierea nu a putut face dovada ca membrii și/sau subcontractanții declarați la data depunerii ofertei putea să ofereze în mod licit prestarea serviciilor de proiectare și respectiv executarea lucrărilor oferite și totodată dispunea în mod licit de posibilitatea de verificare a proiectelor tehnice în condițiile legii conform solicitării clare a CNSC (...)

1.2.3. Constatarea faptului că asocierea SC ...- lider, SC ... asociat cu subcontractanți ... SRL a depus toate documentele de natură să probeze că asocierea dispunea, la momentul depunerii ofertei, de autorizațiile legale necesare, având totodată o relație de subcontractare cu un verficator de proiecte

Acest fapt a fost consemnat ca atare în Procesul verbal de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini înregistrat la autoritatea contractantă cu numărul 4312/09A 1.2021, sens în care redăm extrasul relevant, astfel:

"a) în ceea ce privește Solicitarea nr. 1, privind existența autorizațiilor / certificărilor necesare pentru prestarea serviciilor și execuția lucrărilor în mod licit precum și Solicitarea nr. 2, privind asigurarea verificării proiectului prin verificatori de proiecte autorizați. Comisia de evaluare constată că:

Asocierea prin răspunsul formulat a făcut referire la autorizațiile deținute de fiecare sub contractant declarat la momentul depunerii ofertelor prin acordurile de subcontractare puse la dispoziție la faza de calificare conform deciziei CNSC. Totodată asocierea a declarat un sub contractant care va presta serviciile de verificare de proiecte pe tipuri de lucrări.

Drept urmare, comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară considera concludent răspunsul asocierii în ceea ce privește atât autorizațiile prezentate de către operatorul economic cât și asigurarea verificării proiectului prin verificatori de proiecte autorizați."

1.3. Reevaluarea ofertei asocierii SC ...- lider, SC ... asociat cu subcontractanți ... SRL, respectiv a asocierii contestatoare (...)."

Se reține că deciziile adoptate vizavi de măsurile dispuse au fost luate cu majoritatea membrilor comisiei de evaluare (respectiv 2 membrii din cei 3), Notele de opinie separată nr. 3968/20.10.2021 și nr. 4194/03.11.2021 fiind argumentate astfel:

"Comisia de evaluare nu poate solicita documente suplimentare operatorilor economici înscriși în procedură față de cele solicitate prin documentația de atribuire.

Prin decizia emisă de CNSC a fost solicitată verificarea de către comisia de evaluare a faptului că ofertantul deține "autorizații/certificări/atestări/licențe specifice, ofertantul, personal sau prin subcontractanți, trebuie să dispună de acele autorizații/certificări/atestări specifice încă din etapa de atribuire a contractului".

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă,- prin documentația de atribuire nu a solicitat autorizații/ certificări/ atestări/ licențe specifice, subsemnata Cristina Niculie, având funcția de economist, președinte al comisiei de evaluare a procedurii, nu deține cunoștințe și nici nu pot solicita sau evalua documente care nu au fost solicitate de la bun început. Prin solicitarea către experții externi cooptați care ar fi posibilele autorizații necesare a fi evaluate în cazul unei solicitări de clarificări către operatori, până în momentul de față nu mi s-a putut da un răspuns corect și concret, aceștia susținând "considerăm tardivă solicitarea și evaluarea" unor autorizații/ atestate în acest moment, având în vedere faptul că sunt condiții restrictive, cât și faptul că nu au fost prevăzute în documentația inițială". Mai mult decât atât, includerea în momentul de față a unor noi cerințe privind deținerea unor autorizații ar însemna o abatere gravă de la legislația în materia achizițiilor publice. (...)

Concluzionând, asocierea nu a oferat montajul echipamentelor electronice - conform formular F3 și ca o astfel de omisiune nu se poate încadra în prevederile art. 134 alin. 8,9 și 10 din HG 395/2016, așa cum susține astfel încât decizia inițială a comisiei de evaluare de a declara inacceptabilă oferta financiară a acestuia a fost pe deplin legală, și se subsumează prevederilor alin. 5 ale art. 134 din același act normativ, câtă vreme acesta nu a elaborat propunerea financiară cu respectarea cerințelor documentației de atribuire, astfel cum acestea au fost completate prin răspunsurile la solicitările de clarificări. (...)

Drept urmare, prin prezenta notă îmi exprim opinia separată în ceea ce privește atât evaluarea propunerilor tehnice cât și a celor financiare și **prin care solicit anularea procedurii** luând în calcul aspectele menționate anterior. (...)

Ținând cont de cele expuse consider că sunt încălcate prevederile art. 2 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice cât și faptul că **este necesară anularea procedurii** conform prevederilor **art. 212 alin. (1) lit. c) și d) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016** prin care:

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri: (...)

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului ui;

d) Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). "

Concluzia experților cooptați din cuprinsul Raportului de specialitate nr. 5/02.11.2021, înregistrat la achiziție sub nr. 4205/03.11.2021 a fost aceea că *sunt încălcate prevederile art. 2 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice cât și faptul că este necesară anularea procedurii conform prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c) și d) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.*

Potrivit actului de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire nr. DAP 4342/11.11.2021, motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocierea ... - ... ca inacceptabilă, l-a constituit neconcludența răspunsului furnizat la solicitările de clarificare adresate, respectiv:

"În conformitate cu prevederile art. 215 din Legea 98/2016 cât și în conformitate cu decizia CNSC nr. 2036/C7/2101 din data de 13.09.2021, cu modificările și completările ulterioare aduse prin încheierea nr. 2535/C7/2101 din data de 05.10.2021, prin prezenta vă facem cunoscut

că, în urma finalizării evaluării ofertelor și concluziilor Raportului procedurii de atribuire (nr. DAP 4336/ 10.11.2021) prin procedura simplificată organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii de proiectare și execuție de lucrări „Consolidarea, reabilitarea și modernizarea Corpului C2 (B), S+P+3E, Săli de curs - ...”, SMIS 123788, în cadrul POR/2017/10/10.1/10.3/B1- Anunț de participare SCN 1082747/04.03.2021, autoritatea contractantă, a decis următoarele:

Oferta depusă de societatea dumneavoastră în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de servicii de proiectare și execuție de lucrări „Consolidarea, reabilitarea și modernizarea Corpului C2 (B), S+P+3E, Săli de curs - ...”, SMIS 123788, în cadrul POR/2017/10/10.1/10.3/B1- Anunț de participare: ... a fost respinsă fiind declarată INACCEPTABILĂ în baza prevederilor Art. 134 alin(5) și alin. (6) din HG 395/2016, deoarece răspunsul la clarificările solicitate este considerat neconcludent.

Detaliem în continuare, succint, motivele care stau la baza deciziei privind declararea ofertei dumneavoastră ca inacceptabilă: (...)

Prin urmare, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară raționează după cum urmează:

- Modificările aduse propunerii tehnice inițiale de către asocierea dumneavoastră prin răspunsul de clarificare emis cu numărul 543/28.07.2021 nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. a din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, neputând fi încadrate în categoria viciilor de formă;

- Modificările aduse propunerii tehnice inițiale de către asocierea dumneavoastră prin răspunsul de clarificare emis cu numărul 543/28.07.2021 nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. b din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, acestea reprezentând atât o diminuare calitativă în raport cu conținutul propunerii dumneavoastră tehnice inițiale conform prevederilor art. 134 alin. (9) lit. d cât și cu echivalentul depunerii unei noi oferte conform prevederilor art. 134 alin. (8). fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.

Pentru motivele invocate mai sus, Comisia de evaluare a constatat că oferta dumneavoastră nu satisface cerințele Caietului de sarcini, fiind INACCEPTABILĂ, în baza prevederilor, art. 134, alin (5) și (6) din HG 395/2016, astfel că în conformitate cu acesta "(5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor art. 209 din Lege, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(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. [...]"

Se reține că ulterior, autoritatea contractantă, în vederea punerii în aplicare a Deciziei nr. 2036/C7/2101/13.09.2021 a solicitat prin intermediul adresei nr. DAP nr. 3989/21.10.2021 clarificarea mai multor aspecte, printre care la pct. 3 solicitarea referitoare la lipsa devizului *Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice* din propunerea financiară depusă de asociere, respectiv:

"Solicitarea nr. 3

Conform documentației tehnice - liste de cantități Propunerea financiară

Constatările comisiei de evaluare:

În propunerea financiară depusă nu a fost regăsit devizul ofertă Instalații Electrice- 006 Montaj echipamente instalații electrice.

Solicitarea comisiei de evaluare:

Vă rugăm să justificați lipsa devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice întrucât din răspunsul de clarificare înregistrat cu numărul 543/28.07.2021 ați argumentat lipsa acestui deviz din propunerea dumneavoastră financiară prin folosirea sintagmei „prin eliminarea articolelor componente de instalații electrice, devizul a devenit nul”.

Cu alte cuvinte dumneavoastră nu ați luat în considerare posibilitatea ca echipamentele/ utilajele respective să fie puse la dispoziție de către beneficiar, iar montajul acestora să fie solicitat a se include și respectiv a se cuantifica valoric în propunerea dumneavoastră financiară.

Prin urmare vă rugăm să clarificați lipsa devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea dumneavoastră financiară în condițiile în care operațiunile de montaj trebuie realizate în cadrul proiectului urmând ca echipamentele/ utilajele supuse montajului să fie puse la dispoziție de către beneficiar, ele făcând obiectul unei alte proceduri de achiziție.”

Asocierea ... - ... a transmis prin intermediul adresei nr. 815/25.10.2021 următorul răspuns:

„Răspunsul nr. 3

Analizând informațiile menționate în partea de început a adresei dvs. nr. DAP 3989/21.10.2021 înțelegem că solicitările de clarificare sunt transmise cu scopul de a pune în aplicare măsurile dispuse prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021.

Potrivit dispozițiilor art. 28 alin. (I) din Legea nr. 101/2016 **decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei**. Totodată, având în vedere faptul că decizia Consiliului nu a fost atacată cu plângere **aceasta a devenit definitivă** sub toate aspectele și trebuie respectată ca atare de toate persoanele căreia îi este opozabilă.

Având în vedere aceste aspecte vă atragem atenția asupra faptului că modul în care a fost formulată solicitarea dvs. de clarificare nu este de natură să asigure respectarea obligațiilor pe care le are autoritatea contractantă pentru corecta punere în aplicare a măsurilor dispuse de Consiliu prin Decizia nr. 2036/C7/2101/13.09.2021. (...)

Din cele mai sus menționate rezultă cu evidență că autoritatea contractantă a fost obligată de Consiliu să verifice în ce măsură omisiunea subscrisei de a fi inclus în ofertă Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE reprezintă o eroare asimilabilă unei abateri tehnice minore care poate fi corectată de subscrisa.

Așa cum s-a menționat la pag. 59 din decizie autoritatea contractantă trebuie să analizeze dacă eroarea de elaborare a ofertei noastre se subscie dispozițiilor art. 134 alin. (6) - (9) din HG nr. 395/2016 unde sunt reglementate situațiile în care se poate proceda la corectarea unei abateri tehnice minore.

În același sens, vă rugăm să analizați și conținutul paragrafului nr. 5 de la pag. 60 din decizia CNSC unde Consiliul menționează foarte clar că autoritatea contractantă are obligația să determine dacă deficiența sesizată în oferta asocierii constituie sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 134 alin. (7) - (9), și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertantă, pentru a afla dacă aceasta acceptă să o corecteze.

Având în vedere cele mai sus menționate și în acord cu măsurile obligatorii dispuse prin decizia CNSC, subscrisa prezentăm în continuare argumentele noastre prin care demonstrăm dincolo de orice dubiu că omisiunea subscrisei de a fi inclus în ofertă Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001 - INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE reprezintă o veritabilă abatere tehnică minoră a cărei corectare nu poate fi refuzată de autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile imperative ale art. 134 alin. (7) din lit. b) din HG nr. 395/2016¹.

Ca o chestiune prealabilă vă rugăm să observați faptul că atunci când am elaborat graficul de execuție a contractului (Graficul Gantt) am avut în vedere faptul că este necesară realizarea operațiunilor de montaj a echipamentelor aferente instalațiilor electrice menționate în LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE\ Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE.

În acest sens vă rugăm să analizați informația de la pag. 356 din propunerea noastră tehnică unde, la poziția nr. 46 am indicat următoarea activitate:

46	06MONTAJ ECHIPAM. INST.ELECTRICE	5 0 days	13 .07.23	20.09.23
----	--	-------------	--------------	----------

Pe de altă parte, subscrisa nu am inclus aceste activități și în cadrul propunerii noastre financiare întrucât, așa cum am precizat și în cadrul răspunsului de clarificare anterior dar și în tot cursul litigiului soluționat de CNSC, autoritatea contractantă a făcut o serie de precizări în caietul de sarcini și a formulat răspunsuri de clarificare ambigue care ne-au indus în eroare în privința modului în care trebuia să elaborăm propunerea financiară.

De altfel, împrejurarea că autoritatea contractantă nu a furnizat răspunsuri de clarificare care să asigure o informare corectă, completă și precisă a ofertanților a fost observat și dacă Consiliu, care la pag. 58-59 din decizie a menționat următoarele:

„[...] se reține multitudinea de clarificări aduse de achizitoare documentației de atribuire, fiind relevant de reținut precizările contestatoarei, potrivit cărora „ Având în vedere volumul extrem de mare de clarificări publicate, sub acest aspect, menționăm că autorității i s-a solicitat în mai multe rânduri să publice un set de liste de cantități care să înglobeze toate modificările operate tocmai pentru a se evita ca în procesul de evaluare a ofertelor anumite răspunsuri să fie interpretate în sens diferit. De fiecare dată autoritatea a refuzat să procedeze în sensul cererilor transmise de operatorii economici. "Așadar se reține o modalitate greoaie pe care autoritatea contractantă a abordat-o vizavi de precizările aduse aspectului neofertării tuturor componentelor

cuprinse în acest deviz, respectiv „Echipamentele aferente Centrului de Date (DATA CENTER) nu vor fi oferite, acestea fac obiectul unei alte proceduri de achiziție. Vor fi cotate doar lucrările de construcții și instalații aferente spațiu ocupat de Data Center (planșele A 03, ROI, IE02). Menționarea echipamentelor centrului de date în Memoriul tehnic DALI are în vedere crearea unei imagini de ansamblu asupra componentelor investiției. Prin urmare aceasta recunoaște că trebuiau cotate și lucrările aferente instalațiilor electrice pentru echipamentele aferente Centrului de Date (DATA CENTER)", aspect care a condus și la modul de interpretare al asocierii contestatoare, precum că „prin cerințele Caietului de sarcini s-a stabilit explicit că echipamentele la care se referă operațiunile de montaj nu fac obiectul acestei achiziții" și „or, în contextul în care aceste echipamente nu fac obiectul achiziției, în virtutea principiului *accessorium sequitur principale* coroborat cu specificul contractelor de lucrări rezultă că nici operațiunile accesorii de montaj ale acestor echipamente nu trebuiau oferite".

Prin răspunsul de clarificare anterior dar și în fața CNSC subscrisa am recunoscut că nu am cotate cheltuielile aferente operațiunilor de montaj a echipamentelor menționate anterior. Consiliul a stabilit însă că decizia de respingere a ofertei noastre pentru un ...menea motiv este netemeinică și nelegală deoarece, în prealabil, comisia de evaluare trebuie să verifice incidența dispozițiilor art. 134 alin. (6) - (9) din HG nr. 395/2016 unde este reglementată instituția abaterii tehnice minore sens în care vă rugăm să observați că, la pag. 59, paragraful nr. 3 din decizie, Consiliul a reținut cu caracter definitiv că „Din analiza modului de evaluare a răspunsului transmis de asocierea contestatoare, Consiliul determină că autoritatea contractantă, în mod greșit a decis respingerea ofertei înainte să analizeze incidența dispozițiilor art. 134 alin. (6)-(9) din H.G. nr. 395/2016.

În consecință, în cele ce urmează vom demonstra că omisiunea subscrisei de a fi inclus în ofertă Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001-INSTALAȚII ELECTRICE Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE întrunește toate condițiile pentru a fi asimilată cu o abatere tehnică minore conform art. 134 alin. (7) lit. b), (8) și (9) din HG nr. 395/2016 sens în care înțelegem și să corectăm această abatere tehnică minoră având în vedere următoarele aspecte:

- Operațiunile de montaj prevăzute în acest deviz sunt operațiuni cu caracter accesoriu care au o pondere valorică extrem de scăzută în economia unui contract de lucrări. Concret, valoarea acestor operațiuni de montaj este de 5.314,29 lei (cincimiiitreisutepaisprezeceleisidouzeceșinouădebani), fără TVA și vor fi realizate de subcontractantul nostru ... S.R.L.

Potrivit Formularului de ofertă depus în cadrul propunerii financiare, subscrisa am oferit un preț total de 8.980.075,20 lei, fără TVA, rezultând că ponderea acestor cheltuieli în prețul ofertei noastre este una infimă, respectiv aproximativ 0,06%. Or, din interpretarea per a contrario a dispozițiilor art. 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016 rezultă că există abatere tehnică minoră atunci când cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abaterii/omisiuni NU depășește 1% din prețul total al ofertei;

Cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abaterii/omisiuni NU conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice. Astfel, dacă adăugăm valoarea de 5.314,29 lei aferentă operațiunilor de montaj la valoarea de 8.980.075,20 lei reprezentând prețul oferit de subscrisa, rezultă o valoare totală de 8.985.389,49 lei, tară TVA, valoare care nu obliga autoritatea contractantă să desfășoare o procedură de atribuire de rang superior, respectiv o licitație deschisă/restrânsă. De ...menea, dacă realizăm un astfel de calcul virtual constatăm că valoarea totală cumulată este mai mică și decât valoarea estimată a achiziției comunicată prin documentația de atribuire;

- În urma corectării omisiunii de fi inclus în ofertă aceste deviz, nu se schimbă clasamentul ofertanților. În acest sens menționăm că prin corectarea acestei abaterii tehnice minore subscrisa nu ne modificăm și prețul oferit. De altfel, analizând cu atenție prevederile 134 alin. (7) lit. b) și alin. (9) lit. a) și b) din HG nr. 395/2016 se constată că în toate referințele la cuantificarea valorică a abaterii tehnice minore este utilizată o terminologie de unde rezultă că trebuie făcut doar un exercițiu „virtual”/„eventual” de modificare a prețului contractului, nefiind permisă operarea unei modificări concrete a prețului oferit.

- Mai mult decât atât, prezenta procedură de atribuire presupune achiziția unor servicii de proiectare și execuția lucrărilor proiectate iar potrivit Notificării emisă de ANAP *privind bunele practici în realizarea achizițiilor aferente contractelor de lucrări pentru construcția/modernizarea obiectivelor de investiții*, în cazul contractelor care au ca obiect proiectarea și execuția lucrărilor **modul de exprimare al prețului contractului trebuie să aibă la bază sume forfetare care corespund pachetelor/categoriilor de activități aferente implementării acestuia.**

Totodată, la finalul Cap. 4 VALOAREA ESTIMATĂ 6m Caietul de sarcini (a se vedea pag 7), autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„NOTA; eventualele neconcordanțe aferente documentației și nesesizate beneficiarului, pe parcursul ofertării, **nu scutesc ofertantul de execuția conform documentației de execuție, chiar dacă acesta nu a previzionat-o (nu a fost bugetată/ofertată), și pe cheltuiulă proprie**”.

Prin urmare, subscrisa **ne asumăm executarea operațiunilor de montaj prevăzute în Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INSTELECTRICE în marja prețului ofertat la termenul limită de depunere a ofertei, fără a proceda la modificarea acestuia.**

Pe de altă parte, în măsura în care autoritatea contractantă apreciază că ar trebui să corectăm și conținutul propunerii financiare depuse inițial prin adăugarea valorii cheltuielilor de montaj aferente acestui deviz, subscrisa ne exprimăm disponibilitatea să procedăm în acest sens dacă vom primi o cerere explicită din parte dvs., în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 potrivit căror:

„(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant, **la solicitarea comisiei de evaluare** în legătură cu propunerea sa financiară, reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente.”

- Modificarea operată nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială.

- Dimpotrivă, prin intermediul acestui răspuns subscrisa înțelegem să corectăm o abatere tehnică minoră și ne asumăm explicit angajamentul de a realiza operațiunile de montaj prevăzute în Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE în marja prețului ofertat la termenul limită de depunere a ofertei;

- În documentația de atribuire nu a fost stabilită vreo cerință explicită în sensul că nu este posibilă corectarea unor abateri tehnice minore;

- Prin corectarea abaterii tehnice minore nu se aduce atingere a caracterului general al ofertei.

Având în vedere cele mai sus menționate, în aplicarea soluției definitive și obligatorii stabilite prin decizia CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021 subscrisa înțelegem să corectăm abaterea tehnică minoră constând în omisiunea de a fi inclus în oferta financiară costurile cu operațiunile de montaj prevăzute în Formularul F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE sens în care **ne asumăm angajamentul ferm de a realiza și aceste operațiuni fără a modifica prețul ofertat inițial.**

În acest sens vă rugăm să luați în considerare și devizul aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE ce conține prețurile practicate pentru realizarea unor ...menea operațiuni, astfel încât dvs. să aveți la dispoziție toate datele pentru a stabili că în situația de față ne găsim în ipoteza de lucru a corectării unei abateri tehnice minore care atrage după sine obligativitatea de reține admisibilitatea ofertei noastre conform art. 134 alin. (7) lit. b) din HG nr. 395/2016. De altfel, necesitatea solicitării și obținerii unor ...menea informații de către comisia de evaluare este prevăzută explicit și la pag. 62-63 din decizia CNSC unde se menționează următoarele:

„**În lipsa determinării unei valori pentru lipsurile constatate de comisie, obținerii unui răspuns din partea ofertantei vizavi de aceste lipsuri, autoritatea contractantă nu putea considera că acestea reprezintă neconformități ale ofertei asocierii și să o respingă ca atare. Anterior respingerii ofertei, autoritatea contractantă trebuia să clarifice cu ofertanta aspectele constatate, să cunoască poziția acesteia și să determine dacă, raportat la valoarea întregului contract, lipsurile respective reprezintă abateri tehnice minore care pot fi acceptate.**”

Se reține că răspunsul furnizat de asocieria ... – ... a fost analizat de membrii comisiei de evaluare la data de 09.11.2021, ocazie cu care a fost elaborat *Procesul-verbal nr. 4312/09.11.2021 de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini*, membrii comisiei de evaluare reținând următoarele:

”b) în ceea ce privește Solicitarea nr. 3, privind justificarea lipsei devizului Instalații Electrice- 006 Montaie echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asocierie, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară reține din răspunsul asocierii că:

Din cuprinsul Deciziei CNSC rezultă în sarcina Comisiei de evaluare necesitatea de a se analiza dacă în contextul emiterii precedentului Raport al procedurii de atribuire se putea invoca situația tehnică minoră, în ceea ce privește lipsa devizului Instalații Electrice- 006 Montaj

echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asocierea **SC ...- lider, SC ... asociat cu subcontractanți ... SRL, denumită în continuare asocierea.**

Reamintim că argumentele prezentate de asociere în scrisoarea de răspuns de clarificare emisă cu numărul 543/28.07.2021 au fost apreciate ca neconcludente de către Comisia de evaluare și, ca urmare, aceasta a respins oferta asocierii.

Reamintim că în Decizia CNSC s-a făcut o strânsă corelare între lipsa devizului Instalații Electrice- 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asociere și posibilitatea ca această lipsă să fie o abatere tehnică minoră, sens în care cităm din Decizia CNSC: *«Consiliul reține că în ceea ce privește propunerea tehnică, și propunerea financiară, legiuitorul a prevăzut următoarele cazuri în care este acceptată modificarea propunerii tehnice propunerii financiare, acea. Chiar dacă legiuitorul nu a definit sintagma "abatere tehnică minoră", problema interpretării acestei noțiuni nu se poate soluționa fără a recurge la regulile de interpretare legislativă. Astfel, Consiliul reține că sintagma trebuie raportată la datele speței, prin ea înțelegându-se acea neconcordanță de mică însemnătate față de cerințele caietului de sarcini, ceea ce nu afectează substanțial conținutul acestuia, astfel cum a fost conceput de autoritatea contractantă. Astfel, nu este suficientă invocarea faptului că respectivele modificări sunt abateri tehnice minore, doar sub aspectul cuantumului valoric pe care îl implică.*

Consiliul reține că ar fi nelegală și anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni minore, ușor de remediat, mai cu seamă proporționalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalității actelor aparținând autorității contractante, în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică.» [...]

*« [...] rezultă că **autoritatea trebuia să determine dacă deficiența sesizată în oferta asocierii constituie sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 134 alin. (7)-(9), și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertantă** pentru a afla dacă aceasta acceptă să o corecteze.*»

În aplicarea cu strictețe a sintagmei evidențiate anterior, citată din Decizia CNSC, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară s-a conformat întocmai și, în baza aspectelor subliniate, în Scrisoarea DAP nr. 3989/21.10.2021 adresată asocierii a fost inclusă și solicitarea nr. 3, referitoare la lipsa devizului instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asociere, în condițiile în care echipamentele / utilajele ce fac obiectul operațiilor de montaj sunt echipamente / utilaje puse la dispoziție de beneficiar, ele făcând obiectul unei alte proceduri de achiziție.

Aceasta a răspuns prin scrisoarea emisă cu nr. 815/25.10.2021.

Din această scrisoare de răspuns, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară reține următoarele:

1. Asocierea învederează Comisia de evaluare că prin dispozitivul Deciziei CNSC, aceasta din urmă trebuia să analizeze dacă „deficiența sesizată în oferta asocierii constituie sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 134 alin. (7) - (9), și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertantă, pentru a afla dacă aceasta acceptă să o corecteze ” indicând în acest sens paragraful 5 de la pag. 60 a Deciziei CNSC;

2. **Asocierea admite că în propunerea sa tehnică inițială se regăsea informația referitoare la operațiunile de montaj care fac obiectul devizului neregăsit în ofertă, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46;**

3. Asocierea arată că își asumă „executarea operațiunilor de montaj prevăzute în Formular F3 - LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006- MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE în marja prețului ofertat la termenul limită de depunere a ofertei, fără a proceda la modificarea acestuia.”;

4. Asocierea își arată disponibilitatea de a opera inclusiv modificări asupra propunerii sale financiare în sensul includerii devizului lipsă, în eventualitatea în care Comisia de evaluare ar solicita în mod expres acest lucru.

Comisia de evaluare reia cronologic anumite aspecte relevante din evaluarea anterioară în ceea ce privește asocierea:

a) Întrucât la evaluarea precedentă Comisia de evaluare a constatat lipsa devizului Instalații Electrice- 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asociere, s-au solicitat asocierii clarificări în acest sens prin scrisoarea DAP nr. 2891/27.07.2021;

b) Prin răspunsul de clarificare emis cu numărul 543/28.07.2021, asocierea a argumentat lipsa acestui deviz din propunerea financiară depusă prin folosirea sintagmei „ Astfel, **prin eliminarea articolelor componente** ale devizului de Instalații Electrice, devizul a devenit nul, **ne mai făcând obiectul ofertării tehnico-financiare.**”;

c) Menționăm că, în forma inițială a propunerii tehnice depusă de asociere, în cuprinsul graficului de execuție a contractului (graficul Gantt), respectiv la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. nr. 46 a fost evidențiată activitatea:

6	4	06MONTAJ ECHIPAM. INST.ELECTRICE	50 days	13. 07.23	20. 09.23
---	---	--	------------	--------------	--------------

d) Situația creată se descrie prin următoarele elemente:

i. Solicitarea de clarificări s-a limitat exclusiv la necesitatea de lămurire a lipsei devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice din propunerea financiară depusă de asociere;

ii. Așa cum rezultă din conținutul scrisorii de solicitare de clarificări, **Comisia de evaluare nu a formulat în niciun fel vreo referire din care să rezulte că s-ar fi cerut vreo modificare sau vreo corecție a propunerii tehnice depusă de asociere;**

iii. Prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, **asocierea a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet,** prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

iv. Ca urmare, asocierea a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini, acelea de a se prevedea și oferta operațiunile de montaj care fac obiectul devizului lipsă, generând în acest mod o diminuare calitativă a ofertei actualizate în raport cu oferta inițială.

v. De altfel, în urma modificării efectuată de asociere în mod voluntar și unilateral, în baza prevederilor exprese ale **art. 134 alin. (8)** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare interpretează că **asocierea a procedat practic la depunerea unei noi oferte,** aspect care întărește concluzia că nu avem de a face cu o abatere tehnică minoră.

Astfel, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară constată incidența dispozițiilor exprese ale **art. 134 alin. (8) și respectiv alin. (9) lit. d** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, potrivit cărora **modificarea făcută de asociere reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială cât și cu depunerea unei noi oferte, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.**

Prin urmare, în mod just și legal, Comisia de evaluare s-a pronunțat pentru respingerea ofertei asocierii, respingere care a fost, de altfel, evidențiată în precedentul Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

Pentru buna înțelegere a desfășurării evenimentelor. Comisia de evaluare reamintește că asocierea a depus contestația emisă cu nr. 590/12.08.2021, prin care aceasta învederează Consiliul cu mai multe aspecte, din care Comisia de evaluare le reține pe cele care au incidență asupra Solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021 și respectiv a răspunsului de clarificări emis de asociere cu nr. 543/28.07.2021, anume:

a) acceptiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC

„[...] învedereăm Consiliului că prin răspunsul de clarificare (considerat neconcludent) am pus în vedere autorității contractante că a publicat în SEAP răspunsuri prin care a adus completări/modificări/clarificări documentației de atribuire și din care rezultă dincolo de orice dubiu că:

*- operațiunile de **montaj** echipamente prevăzute în Formular F3 LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 -**MONTAJ** ECHIPAM INST. ELECTRICE **nu vor fi realizate în cadrul contractului** întrucât însăși echipamentele la care se referă operațiunile **de montaj nu trebuie oferate** în cadrul acestei proceduri de atribuire;*

b) acceptiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, arătând că a fost transmisă și Comisiei de evaluare

*„În răspuns la această solicitare, prin adresa nr. 543/28.07.2021 am indicat comisiei de evaluare faptul că articolele la care face referire nu au fost oferate prin propunerea financiară întrucât **din răspunsurile de clarificare publicate de autoritatea contractantă dar și din cerințele Caietului de sarcini rezultă că acele articole nu trebuiau oferate.**”*

c) acceptiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la neobligativitatea ofertării operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice

*„ Or, în contextul în care aceste echipamente nu fac obiectul achiziției, în virtutea principiului *accessorium sequitur principale* coroborat cu specificul contractelor de lucrări rezultă că nici operațiunile accesorii de montaj ale acestor echipamente nu trebuiau oferate. ”*

d) acceptiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la cuantificarea valorică a operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente instalații electrice

„Mai mult, chiar dacă am admite prin absurd că subscrisa ar fi trebuit să ofertăm operațiunile de montaj pentru echipamentele ce fac obiectul Fișei tehnice nr. 10-Echipament

tehnice Pachet Videoproiector, Fișei tehnice nr. 11- Suport Videoproiector menționăm că valoarea acestor operațiuni ar fi una infimă, respectiv de 800 lei (fără TVA) adică 0.009% din valoarea ofertei noastre financiare."

e) accepțiunea asocierii, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la comportamentul așteptat de asociere din partea Comisiei de evaluare

„În fapt, sesizând această (presupusă) eroare, comisia de evaluare avea obligația să facă aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 și să ne solicite îndreptarea unei erori aritmetice, mai ales că aceasta putea fi asimilată inclusiv cu o abatere tehnică minoră, astfel cum este aceasta definită 134 alin. (8) și (9) din HG nr. 395/2016.”

Din elementele enumerate anterior, rezultă cu claritate că asocierea nu a avut niciun moment intenția să precizeze în fața CNSC că **propunerea sa tehnică inițială** includea graficul de execuție a contractului (graficul Gantt), în cuprinsul căruia, respectiv că la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. nr. 46 era evidențiată activitatea:

6	4	06MONTAJ ECHIPAM. INST.ELECTRICE	50 days	1 3.07.23	20 .09.23
---	---	--	------------	--------------	--------------

Astfel, CNSC nu putea deduce în niciun fel că:

- prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, **asocierea a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet,**

prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

- prin această modificare a propunerii tehnice inițiale, asocierea a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini;

- potrivit dispozițiilor exprese ale **art. 134 alin. (8)** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere poate fi interpretată ca și depunerea unei noi oferte;

- potrivit dispozițiilor exprese ale **art. 134 alin. (9) lit. d** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.

În fapt, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară nu putea cere asocierii să îndrepte o pretinsă eroare aritmetică dintr-un deviz inexistent în propunerea financiară a asocierii și nici să încadreze în categoria de abatere tehnică minoră o modificare a ofertei efectuată în mod voluntar și unilateral de către asociere și care reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială cât și cu depunerea unei noi oferte.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară se vede pusă în situația de a analiza situația creată ținând seamă de următoarele elemente:

Prin răspunsul de clarificări emis de asociere cu nr. 543/28.07.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021, asocierea a procedat în mod voluntar și unilateral la modificarea propunerii sale tehnice inițiale, motiv pentru care în speță sunt incidente:

- dispozițiile exprese ale **art. 134 alin. (9) lit. d** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, întrucât modificarea făcută de asociere reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore;

- prevederile exprese ale **art. 134 alin. (8)** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, pe baza cărora Comisia de evaluare interpretează că asocierea a procedat la depunerea unei noi oferte.

b) Prin răspunsul de clarificări emis de asociere cu nr. 815/25.10.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 3989/21.10.2021, asocierea readuce în discuție existența operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului neregăsit în ofertă, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46, în contradictoriu cu conținutul ofertei sale, actualizat prin răspunsul de clarificări pe care asocierea l-a emis cu nr. 543/28.07.2021;

Pe cale de consecință, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară conchide că asocierea propune o nouă modificare a ofertei sale în sensul revenirii la forma inițială a acesteia, adică propune de fapt anularea răspunsului de clarificări emis de asociere cu nr. 543/28.07.2021, aspect imposibil de a fi luat în calcul, deoarece conținutul acestuia a generat succesiv respingerea ofertei asocierii, emiterea contestației de către aceasta și ulterior emiterea Deciziei CNSC.

De ...menea, ținând seama de raționamentul comisiei de evaluare exprimat de cei 2 membri majoritari cu opinie similară, a rezultat că **modificarea efectuată de asociere nu este**

o abatere tehnica minora așa cum au fost interpretate prevederile art. 134 alin. (8) și cele ale art. 134 alin. (9) lit. d din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Raționamentul anterior menționat se bazează pe observația că modificarea făcută de asociere asupra ofertei sale prin răspunsul de clarificări emis de aceasta cu nr. 543/28.07.2021 reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore și, în plus, echivalează cu depunerea unei noi oferte.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară se confruntă cu următoarele aspecte care derivă din conținutul răspunsului de clarificare emis de asociere cu numărul 815/25.10.2021 din care se evidențiază în continuare că:

- asocierea propune a fi admisă o nouă modificare a ofertei sale în sensul aducerii acestei oferte la forma sa inițială;
- asocierea propune abordarea constând în alternativa fie de executare a lucrărilor de montaj respective în cuantumul valoric actual al ofertei fie de aducere a corecțiilor la propunerea financiară pe considerentul existenței unei abateri tehnice minore.

O astfel de conduită este de natură să pună autoritatea contractantă **în situația de negociere pe parcursul procedurii de atribuire, inclusiv modificarea ofertei câștigătoare în timpul evaluării, cu excepția situațiilor permise de legislația națională.**

Orice acțiune sau inacțiune a autorității contractante prin care aceasta se pune în situația evidențiată anterior este incriminată ca și abatere / neregulă potrivit prevederilor de la **pct. 4** din Tabelul aflat în paragraful **(2) SELECȚIA OFERTANȚILOR ȘI EVALUAREA OFERTELOR din Secțiunea A a Anexei nr. 2** \ Abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a **Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011** privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Săvârșirea abaterii / neregulii anterior menționată se descrie prin sintagma:

"Autoritatea/Entitatea contractantă a permis unui ofertant/candidat să își modifice oferta în etapa de evaluare a ofertelor¹⁵ și modificarea conduce la atribuirea contractului către ofertantul/candidatul respectiv."

Precizare:

Nota - *Fac excepție procedurile de negociere, a dialogului competitiv și a cazurilor în care legislația permite ofertantului/candidatului să prezinte, să completeze, să clarifice sau să suplimenteze informațiile și documentele.*

Excepția prevăzută de legiuitor nu poate fi invocată, întrucât s-a demonstrat cu claritate că existau toate elementele necesare pentru a se conchide pentru menținerea concluziei de respingere a ofertei asocierii.

O astfel de abatere / neregulă se sancționează cu o corecție de **25% din cuantumul fondurilor europene alocate autorității contractante**, potrivit prevederilor de la **pct. 4** din **Tabelul aflat în paragraful (2) SELECȚIA OFERTANȚILOR ȘI EVALUAREA OFERTELOR din Secțiunea A a Anexei nr. 2: RATELE pentru stabilirea reducerilor procentuale/corecțiilor financiare care se aplică pentru abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019**, parte integrantă a **Hotărârii Guvernului nr. 519/2014** privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexele la **Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011** privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

Cu privire la incidența dispozițiilor **art. 134 alin. (7)** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară prezintă următorul raționament:

Conținutul art. 134 alin. (7) este următorul (cităm):

„(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 deforma; 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.”

Prin urmare, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară raționează după cum urmează:

• Modificările aduse propunerii sale tehnice inițiale de către asociere prin răspunsul de clarificare emis cu numărul 543/28.07.2021 **nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7)**

lit. a din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, neputând fi încadrate în categoria viciilor de formă;

• Modificările aduse propunerii sale tehnice inițiale de către asociere prin răspunsul de clarificare emis cu numărul 543/28.07.2021 nu se încadrează în prevederile art. 134 alin. (7) lit. b din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, acestea reprezentând atât o diminuare calitativă în raport cu conținutul propunerii sale tehnice inițiale conform prevederilor art. 134 alin. (9) lit. d cât și cu echivalentul depunerii unei noi oferte conform prevederilor art. 134 alin. (8), **fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.**

Concluziile comisiei de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară:

1.1. Analiza situației de fapt, în care autoritatea contractantă nu a folosit calea de atac în justiție a Deciziei CNSC

După cum am arătat anterior, în aplicarea Deciziei CNSC anterior menționată, verificările asupra **existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verficatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor** au condus la respingerea ofertanților evidențiați clasati pe locurile 1 și respectiv 2, conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021.

În ceea ce privește oferta depusă de asocierea **SC ...- lider, SC ... asociat cu subcontractanți ... SRL**, după cum am arătat anterior, în aplicarea Deciziei CNSC anterior menționată, **autoritatea trebuia să determine dacă deficiența sesizată în oferta asocierii constituie sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 134 alin. (7)-(9), și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertantă.**

Conform celor evidențiate pe larg mai sus, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară a ajuns la concluzia de menținere a respingerii ofertei depusă de asociere pe baza **art. 134 alin. (5) și ale art. 134 alin. (6)** din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, întrucât modificarea făcută de asociere asupra ofertei sale prin răspunsul de clarificări emis de aceasta cu nr. 543/28.07.2021 reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore și, în plus, echivalează cu depunerea unei noi oferte, așa cum a rezultat din interpretarea incidenței art. 134 alin (9) lit. d) și respectiv art. 134 alin. (8) din același act normativ referit anterior.

Având în vedere concluziile argumentate în cele de mai sus, din care rezultă că trebuie respinse toate ofertele răm... în competiție, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară constată că se găsește în situația descrisă de circumstanțele de aplicare a **art. 212 din Legea nr. 98/2016**, anume:

„ART. 212

(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) *dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă ;*

b) *dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;*

c) *dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;*

d) *Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);*

e) *dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.*

(2) *În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). "*

Comisia de evaluare, prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară, a evidențiat prin subliniere incidența în prezenta procedură a prevederilor art. 212 alin. (1) lit. a, motivul fiind acela că prin punerea în aplicare a Deciziei CNSC în condițiile arătate anterior, în competiție nu a rămas nicio ofertă admisibilă.

1.2. Analiza situației ipotetice care derivă din punctul de vedere exprimat de experții coopțați

După cum a fost precizat în paragrafele anterioare, în aplicarea Deciziei CNSC s-a procedat pentru toți ofertanții rămași în competiție la efectuarea verificărilor asupra **existenței**

autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verifcatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor.

Asupra acestui aspect, la pag. 1 din 76 a Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cu nr. 875 din 02.11.2021, experții cooptați în Comisia de evaluare au făcut mențiunea că: **„solicitarea unor documente ce nu au fost prevăzute în documentația ce a fost pusă inițial la dispoziția ofertanților se încadrează în Anexa 2 la HG 519/2014 privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexa la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011, litera A, Selecția ofertanților și evaluarea ofertelor.”**

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara face cuvenita precizare că, în situația de fapt, în care autoritatea contractantă nu a folosit calea de atac împotriva Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021 cu modificările și completările aduse prin încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, aceasta a devenit definitivă și obligatorie pentru autoritatea contractantă.

În ceea ce privește temeinicia instituirii în sarcina autorității contractante a obligației de verificare asupra existenței autorizațiilor legale necesare ofertanților, precum și asupra existenței verifcatorilor de proiecte la data depunerii ofertelor în condițiile în care în documentația de atribuire nu erau formulate cerințe în acest sens, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara ia în considerare că:

În luarea deciziei anterior menționate, CNSC a invocat, printre altele, ca și temei legal considerentele **Deciziei nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 8303/2/2017**, respectiv:

„Curtea reține că obligativitatea deținerii unei atestări în vederea executării de lucrări (...) nu reprezintă un criteriu de calificare și de selecție impus de autoritatea contractantă, astfel încât să fie necesară menționarea sa expresă în cuprinsul fișei de date a achiziției, ci reprezintă o obligație legală pentru desfășurarea unei astfel de activități, împrejurarea ce rezultă din dispozițiile (...). Așadar, pentru a desfășura în mod legal activitatea de (...), este necesar să se dețină un atestat eliberat în condițiile legii nr. (...) și a metodologiei elaborate de ... , indiferent dacă autoritatea contractantă a menționat sau nu necesitatea deținerii unui astfel de atestat în cuprinsul fișei de date. O eventuală omisiune a autorității contractante de a indica necesitatea deținerii atestatului în vederea executării de lucrări de (...) nu este de natură a înlătura de la aplicare obligația legală instituită (...).”

Analizând textul citat, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara reține că:

- instanța competentă s-a pronunțat în sensul în care pentru desfășurarea anumitor activități există obligația legală de deținere a unor atestări conform prevederilor legale;

- **instanța competentă nu s-a pronunțat în niciun fel asupra obligativității autorității - contractante de a verifica existența respectivelor atestări la un anume moment.**

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara este contrariată de faptul că **practica Consiliului nu se dovedește a fi statornică în privința cerințelor de calificare care nu se regăsesc în documentația de atribuire publicată**, în acest sens, identificând:

- **Decizia CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018**, din care Comisia de evaluare citează (evidențierile din text prin îngroșarea și/sau sublinierea textului sunt efectuate de Comisia de evaluare):

*„Prin urmare, **Consiliul va respinge ca neîntemeiate orice alegații ale societății contestatoare care fac trimitere la alte documente care nu au fost precizate în cadrul documentației de atribuire sau la site-uri ale anumitor instituții, autoritatea contractantă fiind ținută în analiza ofertelor depuse doar la prevederile/cerințele respectivei documentații. In caz contrar, orice altă raportare la documente care exced cadrului documentației de atribuire postată în SIC AP, ar conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și al transparenței,** statuat la art. .. alin. (...) lit. b) și d) din Legea nr. 98/2016. ”*

- **Decizia CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021**, din care cităm:

*„Analizând prevederile mai sus citate ale documentației de atribuire, **Consiliul observă, după cum corect arată și autoritatea contractantă, că nicăieri nu se regăsește obligația stabilită în sarcina ofertanților de a prezenta vreuna sau toate autorizațiile/avizele la care face contestatorul referire.***

Astfel fiind, Consiliul nu poate reține că ofertantul câștigător avea vreo obligație în sensul indicat de contestator.

În speța de față, situația întâlnită este aceea a reclamării de către contestator a neîndeplinirii de către ofertantul câștigător a unor cerințe care nu apar explicit impuse

prin documentația de atribuire, situație premisă care nu poate justifica, în opinia Consiliului, respingerea ofertei în discuție.

Dacă aprecia documentația de atribuire ca nelegal întocmită, în sensul în care nu cuprinde solicitarea de prezentare a documentelor la care face referire în contestația de față, contestatorul avea deschisă calea de atac a contestației împotriva documentației de atribuire, demers în lipsa căruia aceasta din urmă și-a consolidat forța obligatorie în forma elaborată de autoritatea contractantă.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu era abilitată să verifice decât îndeplinirea acelor cerințe pe care a înțeles să le impună, iar nu a unora străine de aceasta, așa cum dorește contestatorul. "

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara reține că Decizia nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 8303/2/2017 **este anterioară atât Deciziei CNSC nr. 2747/C6/3079/2018 din 23.10.2018 cât și Deciziei CNSC nr. 767/C2/724/2021 din 14.04.2021** pe care le-am invocat anterior și în care CNSC s-a pronunțat în sensul în care documentația de atribuire și-a consolidat forța obligatorie în lipsa oricărei contestații împotriva acesteia și că autoritatea contractantă nu era abilitată să verifice decât îndeplinirea acelor cerințe pe care a înțeles să le impună, iar nu a unora străine de aceasta, precum și că orice altă raportare la documente care exced cadrului documentației de atribuire postată în SIC AP. ar conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și al transparenței.

În eventualitatea în care **Decizia nr. 5117/29.11.2017 pronunțată de către Curtea de Apel București în dosarul 8303/2/2017** ar fi instituit în sarcina autorității contractante, intimată în speța respectivă, obligația de a verifica existența autorizațiilor / atestatelor respective încă de la momentul evaluării ofertelor depuse, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara apreciază că acest lucru ar fi fost cunoscut de către CNSC, iar emiterea la datele de **23.10.2018** și respectiv **14.04.2021** a celor două decizii ale CNSC nu ar fi fost posibilă, întrucât ar fi fost în contradicție cu spiritul și litera unei hotărâri anterioare a instanței de judecată competentă material și teritorial.

Într-o atare situație, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara constată că aplicarea întocmai a Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din 13.09.2021 cu modificările și completările aduse prin Încheierea nr. 2535/C7/2101 din 05.10.2021, denumită în continuare Decizia CNSC, este de natură să pună autoritatea contractantă în situația **de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor**, situație sesizată de experții cooptați în Comisia de evaluare și consemnată ca atare în pag. 1 din 76 a Raportului de specialitate nr. 5 din 02.11.2021, emis cunr.'875 din 02.11.2021.

În cazul în care s-ar dovedi că punctul de vedere al experților cooptați este cel legal și temeinic, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara descrie o astfel de situație și consecințele acesteia prin următoarele:

Orice acțiune sau inacțiune a autorității contractante prin care aceasta se pune în situația de a modifica criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor este încriminată ca și abatere/neregulă potrivit prevederilor de la pct. 1 din Tabelul aflat în paragraful **(2) SELECȚIA OFERTANȚILOR ȘI EVALUAREA OFERTELOR** din **Secțiunea A a Anexei nr. 2: Abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni pentru care se aplică reduceri procentuale/corecții financiare în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.**

Săvârșirea abaterii / neregulii anterior menționată se descrie prin sintagma: „Criteriile de calificare și de selecție sau specificațiile tehnice au fost modificate/înlocuite/completate/suplimentate sau au fost aplicate incorect/incomplet în etapa de evaluare, consecința fiind acceptarea unor oferte câștigătoare care nu ar fi trebuit acceptate (sau respingerea ofertelor care ar fi trebuit acceptate¹³), dacă criteriile de calificare și selecție sau specificațiile tehnice publicate ar fi fost respectate.”

Precizare:

Nota - Cu excepția situației în care autoritatea/entitatea contractantă poate demonstra în mod clar că oferta respinsă nu ar fi câștigat în niciun caz și, prin urmare, abaterea nu a avut niciun impact financiar.

Excepția prevăzută de legiuitor nu ar putea fi invocată întrucât cei doi ofertanți respinși se clas...ră pe locurile 1 și respectiv 2, conform precedentului Raport al procedurii de atribuire, cu nr. DAP 2986/04.08.2021, astfel încât oferta asocierii clasată pe primul loc ar fi câștigat.

O astfel de abatere / neregulă **se sancționează cu o corecție de 25% din cuantumul fondurilor europene alocate autorității contractante**, potrivit prevederilor de la **pct. 1** din Tabelul aflat în paragraful **(2) SELECȚIA OFERTANȚILOR ȘI EVALUAREA OFERTELOR** din **Secțiunea A a Anexei nr. 2: RATELE pentru stabilirea reducerilor procentuale/corecțiilor**

financiare care se aplică pentru abateri de la respectarea prevederilor legale în materie de achiziții publice/achiziții sectoriale/concesiuni în acord cu Decizia CE C (2019) 3.452 din 14 mai 2019, parte integrantă a **Hotărârii Guvernului nr. 519/2014** privind stabilirea ratelor aferente reducerilor procentuale/corecțiilor financiare aplicabile pentru abaterile prevăzute în anexele la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 66/2011 privind prevenirea, constatarea și sancționarea neregulilor apărute în obținerea și utilizarea fondurilor europene și/sau a fondurilor publice naționale aferente acestora, cu modificările și completările ulterioare.

În situația ipotetică analizată, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară constată că se găsește din nou în situația descrisă de circumstanțele de aplicare a **art. 212 din Legea nr. 98/2016**, anume:

„ART. 212

(2) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nici o ofertă/solicitare de participare sau dacă nu a fost depusă nici o ofertă admisibilă;

b) dacă au fost depuse oferte admisibile care nu pot fi comparate din cauza modului neuniform de abordare a soluțiilor tehnice și/ori financiare;

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului;

d) Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor sau instanța de judecată dispune modificarea/eliminarea oricăror specificații tehnice din caietul de sarcini ori din alte documente emise în legătură cu procedura de atribuire, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri de remediere, fără ca acestea să afecteze principiile achizițiilor publice reglementate la art. 2 alin. (2);

e) dacă contractul nu poate fi încheiat cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită câștigătoare din cauza faptului că ofertantul în cauză se află într-o situație de forță majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul și nu există o ofertă clasată pe locul 2 admisibilă.

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2). "

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară a evidențiat prin subliniere incidența cumulată a prevederilor art. 212 alin. (1) lit. c și d în situația ipotetică analizată.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară motivează prin următoarele:

1. Prin Decizia CNSC s-au modificat **criteriile de calificare și de selecție după data de deschidere a ofertelor**, prin suplimentarea acestora:

2. Prin efectuarea unei reevaluări în care se folosesc criterii de calificare și selecție care nu se regăsesc publicate în documentația de atribuire și, astfel, **se încalcă principiul transparenței și al tratamentului egal**.

I.3 Concluzii finale

Situația existentă de fapt este aceea care a fost analizată mai sus la subparagraful I.1., concluzia Comisiei de evaluare prin cei 2 membri majoritari fiind aceea că **trebuie să susțină anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, pe baza prevederilor art. 212 lit. a din Legea nr. 98/2016**.

Situația ipotetică susținută de către experții coopțați în Comisia de evaluare este aceea care a fost analizată la subparagraful 1.2, concluzia Comisiei de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară fiind aceea în care s-ar putea susține **anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, pe baza prevederilor cumulate ale art. 212 lit. c și d din Legea nr. 98/2016**.

Urmare celor de mai sus, având în vedere că situația existentă de fapt este aceea că aplicarea Deciziei CNSC este obligatorie și, în consecință, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similară se pronunță pentru **anularea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică, pe baza prevederilor art. 212 lit. a din Legea nr. 98/2016**.

Menționăm ca în cadrul evaluării ofertelor depuse conform Deciziei CNSC nr. 2036/C7/2101 din data de 13.09.2021 completată prin încheierea nr. 2535/C7/2101/05.10.2021 s-a supus la vot în cadrul comisiei de evaluare decizia privind evaluarea ofertelor, existând un punct de vedere diferit al președintelui comisiei, acesta regasindu-se în nota de opinie separată anexa la prezentul proces verbal."

Raționamentul conturat de autoarea contestației, potrivit căruia autoritatea contractantă *nu a pus în aplicare în mod corect măsurile*

dispuse prin Decizia CNSC nr. 2036/C7/2101/13.09.2021, în sensul de a verifica dacă omisiunea noastră de a oferta operațiunile de montaj ce fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice poate fi remediată pe temeiul corectării unei abateri tehnice minore nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele mai jos expuse.

Așa cum a fost anterior redat, din lecturarea consemnărilor membrilor comisiei de evaluare se reține că motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de asocierea ... - ... l-au reprezentat dispozițiile art. 134 alin. (5) și ale art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, întrucât modificarea făcută de asociere asupra ofertei sale prin răspunsul de clarificări emis de aceasta cu nr. 543/28.07.2021 reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore și, în plus, echivalează cu depunerea unei noi oferte, așa cum a rezultat din interpretarea incidentei art. 134 alin (9) lit. d) și respectiv art. 134 alin. (8) din același act normativ referit anterior.

Sub aspectul reținut, Consiliul constată temeinicia deciziei achizitoare din considerentele mai jos prezentate.

Din lecturarea răspunsului furnizat de asocierea ... - ... (adresa nr. 543/28.07.2021) la solicitarea adresată prin intermediul adresei nr. DAP 2891/27.07.2021:

"Solicitarea nr. 1

Conform documentației tehnice-liste de cantități

Propunerea financiară

Constatările comisiei de evaluare:

Din propunerea financiară depusă nu a fost regăsit devizul ofertă Instalații electrice- 006 Montaj echipamente instalații electrice. (...)

Solicitarea comisiei de evaluare:

Vă rugăm să ne indicați în cadrul propunerii financiare informațiile de mai sus."

Asocierea a argumentat lipsa prezentării devizului ofertă Instalații electrice-006 Montaj echipamente instalații electrice, astfel:

"Conform precizărilor din Caietul de sarcini, vor fi cotate doar lucrările de construcții și instalații aferente spațiu ocupat de Data Center (planșele A03. ROL IE02).

În concluzie, articolele 3 - 8 din devizul ofertă Instalații Electrice -006 Montaj echipamente instalații electrice NU FAC OBIECUL PREZENTEI ACHIZIȚII, deci se elimină.

Astfel, prin eliminarea articolelor componente ale devizului de Instalații Electrice, devizul a devenit nul, ne mai făcând obiectul ofertării tehnico-financiare."

Așadar se reține faptul că, rațiunea necuprinderii în cadrul propunerii financiare a devizului ofertă Instalații electrice-006 Montaj echipamente instalații electrice a fost faptul că, în aprecierea asocierii contestatoare, atât furnizarea, cât și montajul echipamentelor instalațiilor electrice nu fac obiectul prezentei procedurii, astfel ofertanții nu vor realiza activitățile de furnizare și montaj al echipamentelor.

Ulterior, urmare a răspunsului furnizat la solicitarea adresată prin intermediul adresei nr. 815/25.10.2021, contestatoarea precizează că omisiunea de a fi inclus în ofertă Formular F3 - Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001 - Instalații Electrice, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM. INST. ELECTRICE reprezintă o veritabilă abatere tehnică minoră, iar ca argument în considerarea abaterii tehnice, precizează că, atunci când a elaborat graficul de execuție a contractului (Graficul Gantt) a avut în vedere faptul că este necesară

realizarea operațiunilor de montaj a echipamentelor, făcând trimitere la informația de la pag. 356 din propunerea tehnică unde, la poziția nr. 46 a indicat următoarea activitate:

"46 06 MONTAJ ECHIPAM. INST.ELECTRICE 50 days 13.07.2023 - 20.09.2023."

Așadar se reține faptul că, omisiunea necuprinderii în cadrul propunerii financiare a devizului ofertă Instalații electrice-006 Montaj echipamente instalații electrice reprezintă o abatere tehnică, a cărei corectare o solicită, motivând că a avut în vedere faptul că este necesară realizarea operațiunilor de montaj a echipamentelor, astfel cum rezultă din cuprinsul propunerii tehnice.

Abordarea autoarei contestației vizavi de rațiunea care a stat la baza prevederii în cadrul graficului de execuție a operațiunilor de montaj instalații electrice, respectiv faptul că *"Chiar dacă, în opinia noastră, respectivele operațiuni de montaj nu trebuiau ofertate totuși, din punct de vedere al termenului de execuție ofertat de noi nu puteam face abstracție de faptul că totuși respectivele echipamente vor trebui montate de un alt operator economic în cadrul unui alt contract dar înainte de a se proceda la finalizarea contractului nostru prin organizarea recepției lucrărilor"* nu poate fi îmbrățișată de Consiliu ca fiind validă.

Practic asocierea contestatoare se prevalează de propria culpă (care a constat în cuprinderea în cadrul termenului de execuție și a operațiunilor de montaj echipamente instalații electrice și neofertarea în cuprinsul propunerii financiare a valorii aferente acestor operațiuni de montaj) pentru a-i reproșa achizitoarei nepunerea în aplicare a celor dispuse de Consiliu (motivată de neacceptarea încadrării lipsei ofertării devizului ca abatere tehnică) respectiv pretinsa lipsă de diligență în *verificarea dacă omisiunea de a oferta operațiunile de montaj ce fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice poate fi remediată pe temeiul corectării unei abateri tehnice minore.*

Ori împrejurarea cuprinderii în termenul de execuție ofertat și a perioadei aferente lucrărilor de montaj echipamente instalații electrice, respectiv 50 zile (07.2023-20.09.2023) conduce la concluzia potrivit căreia, ofertanta a luat în considerare în procesul tehnologic și a duratei pe care a alocat-o **lucrărilor de montaj echipamente instalații electrice**, iar ipoteza pe care contestatoarea o înfățișează Consiliului în cuprinsul contestației formulate, precum că *din punct de vedere al termenului de execuție ofertat de noi nu puteam face abstracție de faptul că totuși respectivele echipamente vor trebui montate de un alt operator economic în cadrul unui alt contract dar înainte de a se proceda la finalizarea contractului nostru prin organizarea recepției lucrărilor* nu poate fi reținută ca fiind relevantă, pe de o parte vizavi de sustenabilitatea termenului de execuție ofertat, aceasta fiind strict în sarcina ofertanților, aceștia nu se pot prevala în ofertarea termenului de execuție că au ținut cont/au luat în considerare și intervențiile unor terți vizavi de activitățile de montaj al echipamentelor care fac obiectul contractului, dar față de care au apreciat că nu se vor realiza.

Iar pe de altă parte, este de reținut și conduita inconstantă a ofertantei contestatoare, **pe de o parte** rațiunea necuprinderii în cadrul propunerii financiare a devizului ofertă Instalații electrice-006 Montaj

echipamente instalații electrice a fost faptul că, în aprecierea asocierii contestatoare, atât furnizarea, cât și montajul echipamentelor instalațiilor electrice nu fac obiectul prezentei procedurii, astfel ofertanții nu vor realiza activitățile de furnizare și montaj al echipamentelor, **ca pe de altă parte** ulterior, tocmai în susținerea faptului că, a ținut cont de montajul echipamentelor instalațiilor electrice, asocierea a indicat informațiile precizate în cuprinsul graficului de execuție.

Contrar celor susținute de asocierea contestatoare, precum că întreaga concepție a ofertei noastre (propunere tehnică și financiară) a pornit de la prezumția că în cadrul acestui contract nu se vor realiza activitățile de furnizare și montaj al echipamentelor, Consiliul constată că în cadrul graficului de execuție (element component al propunerii tehnice) se regăsește prevăzut termenul de execuție aferent operațiunilor de montaj instalații electrice.

În mod similar, aceleași concluzii de netemeinicie vor fi reținute de Consiliu și vizavi de argumentele asocierii contestatoare precum că *"în ipoteza în care subscrisa ne-am fi asumat prin propunerea tehnică să realizăm activitățile de montaj, atunci am fi avut un argument solid să procedăm și la modificarea propunerii financiare ca urmare a primei solicitări de clarificare transmise de autoritatea contractantă"*, întrucât, așa cum a fost anterior redat și reținut împrejurarea că asocierea ... – ... prin prevederea în cuprinsul graficului de execuție a *operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului lipsă din cuprinsul propunerii financiare* și-a asumat termenul ofertat aferent operațiunile de montaj ale echipamentelor aferente devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice, aspect care implicit conducea la ofertarea și a operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului lipsă din cuprinsul propunerii financiare.

Mai argumentează asocierea contestatoare faptul că, *elementul principal al unui grafic de execuție îl constituie termenul de finalizare a contractului pe care și-l asumă ofertantul iar subscrisa am cuprins activitatea de montaj în graficul de execuție tocmai pentru a fundamenta un termen realist de execuție a contractului. Chiar dacă, în opinia noastră, respectivele operațiuni de montaj nu trebuiau oferite totuși, din punct de vedere al termenului de execuție ofertat de noi nu puteam face abstracție de faptul că totuși respectivele echipamente vor trebui montate de un alt operator economic în cadrul unui alt contract dar înainte de a se proceda la finalizarea contractului nostru prin organizarea recepției lucrărilor.*

Sușinerile autoarei contestației sunt netemeinice, neputând fi primite în soluționare, așa cum a fost anterior reținut, graficul de execuție care justifică termenul de execuție ofertat (astfel cum a susținut și asocierea contestatoare) este un document/concept propriu al ofertantului și reprezintă modalitatea concretă în care ofertantul fundamentează termenul ofertat. În considerarea celor antemenționate se reține solicitarea achizitoarei vizavi de modul de elaborare al graficului Gantt, respectiv:

- în fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice:

"3. Programul rezumativ și programul de lucru, inclusiv graficul Gantt (activități principale și secundare cu detalierea principalelor resurse utilizate);

Oferta va fi însoțită de un Grafic fizic și procentual de realizare a serviciilor de proiectare și execuției lucrărilor"

- în cuprinsul caietului de sarcini: "3. Oferta va fi însoțită de un Grafic fizic și valoric / procentual de realizare a serviciilor de proiectare și execuției lucrărilor."

În raport de aspectele anterior reținute Consiliul determină temeinicia concluziilor la care au ajuns membrii comisiei de evaluare, respectiv:

"iii. Prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, asocierea a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet, prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

iv. Ca urmare, asocierea a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini, acelea de a se prevede și oferta operațiunile de montaj care fac obiectul devizului lipsă, generând în acest mod o diminuare calitativă a ofertei actualizate în raport cu oferta inițială."

Împrejurarea că solicitarea adresată de membrii comisiei de evaluare nu a fost în direcția pe care o prezintă autoarea contestației, respectiv *"pentru respectarea obligațiilor ce decurg din decizia CNSC autoritatea contractantă trebuia să ne solicite informații suplimentare în raport de care să poată analiza dacă omisiunea noastră de a oferta operațiunile de montaj poate ori nu să fie remediată pe temeiul corecției unei abateri tehnice minore"* nu este de natură la conduce la aprecierea nepunerii în aplicare de către achizitoare a Deciziei nr. 2036/C7/2101/13.09.2021

Este important de punctat aspectul reținut de membrii comisiei de evaluare, menționat în cuprinsul *Procesului-verbal nr. 4312/09.11.2021 de evaluare a conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini*, respectiv faptul că, cu ocazia soluționării contestației anterior formulate care a vizat lipsa ofertării devizului Instalații Electrice - 006 Montaj echipamente electrice, asocierea în cauză nu a argumentat cele susținute cu ocazia solicitării adresate ulterior deciziei Consiliului, respectiv că în fapt situația creată (lipsa ofertării devizului amintit) este de natura unei abateri tehnice minore care se circumscrie dispozițiilor art. 134 alin. (7) lit. b), (8) și (9) din H.G. nr. 395/2016, respectiv:

"Pentru buna înțelegere a desfășurării evenimentelor, Comisia de evaluare reamintește că asocierea dumneavoastră a depus contestația emisă cu nr. 590/12.08.2021, prin care aceasta învederează Consiliul cu mai multe aspecte, din care Comisia de evaluare le reține pe cele care au incidență asupra Solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021 și respectiv a răspunsului de clarificări emis de dumneavoastră cu nr. 543/28.07.2021, anume:

- accețiunea asocierii dumneavoastră, pe care a prezentat-o CNSC

„[...] învedereăm Consiliului că prin răspunsul de clarificare (considerat neconcludent) am pus în vedere autorității contractante că a publicat în SEAP răspunsuri prin care a adus completări/modificări/clarificări documentației de atribuire și din care rezultă dincolo de orice dubiu că:

- operațiunile de montaj echipamente prevăzute în Formular F3 LISTA cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări aferent obiectului 001- INSTALAȚII ELECTRICE, Categoria de lucrări: 006 - MONTAJ ECHIPAM INST. ELECTRICE nu vor fi realizate în cadrul contractului întrucât însăși echipamentele la care se referă operațiunile de montaj nu trebuie oferite în cadrul acestei proceduri de atribuire; [...]"

- accețiunea asocierii dumneavoastră, pe care a prezentat-o CNSC, arătând că a fost transmisă și Comisiei de evaluare, în răspuns la această solicitare, prin adresa nr. 543/28.07.2021 am indicat comisiei de evaluare faptul că articolele la care face referire nu au fost

ofertate prin propunerea financiară întrucât din răspunsurile de clarificare publicate de autoritatea contractantă dar și din cerințele Caietului de sarcini rezulta că acele articole nu trebuiau ofertate."

- accețiunea asocierii dumneavoastră, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la neobligativitatea ofertării operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Monta echipamente instalații electrice „Or, în contextul în care aceste echipamente nu fac obiectul achiziției, în virtutea principiului accesorum sequitur principale coroborat cu specificul contractelor de lucrări rezultă că nici operațiunile accesorii de montaj ale acestor echipamente nu trebuiau ofertate. "

- accețiunea asocierii dumneavoastră, pe care a prezentat-o CNSC, cu privire la cuantificarea valorică a operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului Instalații Electrice - 006 Monta echipamente instalații electrice „Mai mult, chiar dacă am admite prin absurd că subscrisa ar fi trebuit să ofertăm operațiunile de montaj pentru echipamentele ce fac obiectul Fișei tehnice nr. 10-Echipament tehnic Pachet Videoproiector, Fișei tehnice nr. 11 - Suport Videoproiector menționăm că valoarea acestor operațiuni ar fi una infimă, respectiv de 800 lei (fără TV A) adică 0.009% din valoarea ofertei noastre financiare."

- accețiunea asocierii dumneavoastră, pe care ați prezentat-o CNSC, cu privire la comportamentul așteptat de asocierea dumneavoastră din partea Comisiei de evaluare

„în fapt, sesizând această (presupusă) eroare, comisia de evaluare avea obligația să facă aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 și să ne solicite îndreptarea unei erori aritmetice, mai ales că aceasta putea fi asimilată inclusiv cu o abatere tehnică minoră, astfel cum este aceasta definită 134 alin. (8) și (9) din HG nr. 395/2016."

Din elementele enumerate anterior, rezultă cu claritate că asocierea dumneavoastră nu a avut niciun moment intenția să precizeze în fața CNSC că propunerea sa tehnică inițială includea graficul de execuție a contractului (graficul Gantt), în cuprinsul căruia, respectiv că la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. nr. 46 era evidențiată activitatea:

46	06 MONTAJ ECHIPAM.	50 days	13.07.23 20.09.23
	INST. ELECTRICE		

Astfel, CNSC nu putea deduce în niciun fel că:

- prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, asocierea dumneavoastră a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet, prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

- prin această modificare a propunerii tehnice inițiale, asocierea dumneavoastră a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini;

- potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (8) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asocierea dumneavoastră poate fi interpretată ca și depunerea unei noi oferte;

- potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (9) lit. d din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asocierea dumneavoastră reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore."

Din cele anterior redată se reține că aspectul încadrării respectivei omisiuni (lipsa ofertării devizului în discuție) în categoria abaterilor tehnice/erorilor aritmetice/viciilor de procedură **a făcut obiectul analizei comisiei de evaluare**, membrii comisiei urmare a răspunsului furnizat de asocierea ... – ... la solicitarea adresată, consemnând următoarele aspecte:

"Astfel, CNSC nu putea deduce în niciun fel că: prin formularea răspunsului la solicitarea de clarificare, asocierea a procedat voluntar și în mod conștient la modificarea propunerii tehnice inițiale, care avea un caracter complet, prin eliminarea din aceasta a operațiunilor de montaj care făceau obiectul devizului care nu a fost regăsit;

Prin această modificare a propunerii tehnice inițiale, asocierea a făcut în mod voluntar o abatere de la cerințele tehnice exprese din caietul de sarcini;

Potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (8) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere poate fi interpretată ca și depunerea unei noi oferte; potrivit dispozițiilor exprese ale art. 134 alin. (9) lit. d din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, modificarea făcută de asociere reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore.

În fapt, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara nu putea cere asocierii să îndrepte o pretinsă eroare aritmetică dintr-un deviz inexistent în propunerea financiară a asocierii și nici să încadreze în categoria de abatere tehnică minoră o modificare a ofertei efectuată în mod voluntar și unilateral de către asocierie și care reprezintă atât o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială cât și cu depunerea unei noi oferte.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara se vede pusă în situația de a analiza situația creată ținând seamă de următoarele elemente:

a) Prin răspunsul de clarificări emis de asocierie cu nr. 543/28.07.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 2891/27.07.2021, asocierea a procedat în mod voluntar și unilateral la modificarea propunerii sale tehnice inițiale, motiv pentru care în speță sunt incidente:

- dispozițiile exprese ale art. 134 alin. (9) lit. d din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, întrucât modificarea făcută de asocierie reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore;

- prevederile exprese ale art. 134 alin. (8) din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, pe baza cărora Comisia de evaluare interpretează că asocierea a procedat la depunerea unei noi oferte.

b) Prin răspunsul de clarificări emis de asocierie cu nr. 815/25.10.2021 în urma solicitării de clarificări nr. DAP 3989/21.10.2021, asocierea readuce în discuție existența operațiunilor de montaj care fac obiectul devizului neregăsit în ofertă, evidențiată în graficul Gantt, la pag. 356 din propunerea tehnică, poz. 46, în contradictoriu cu conținutul ofertei sale, actualizat prin răspunsul de clarificări pe care asocierea 1-a emis cu nr. 543/28.07.2021;

Pe cale de consecință, Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara conchide că asocierea propune o nouă modificare a ofertei sale în sensul revenirii la forma inițială a acesteia, adică propune de fapt anularea răspunsului de clarificări emis de asocierie cu nr. 543/28.07.2021, aspect imposibil de a fi luat în calcul, deoarece conținutul acestuia a generat succesiv respingerea ofertei asocierii, emiterea contestației de către aceasta și ulterior emiterea Deciziei CNSC.

De ...menea, ținând seama de raționamentul comisiei de evaluare exprimat de cei 2 membri majoritari cu opinie similara, a rezultat ca modificarea efectuată de asocierie nu este o abatere tehnică minoră așa cum au fost interpretate prevederile art. 134 alin. (8) și cele ale art. 134 alin. (9) lit. d din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016.

Raționamentul anterior menționat se bazează pe observația că modificarea făcută de asocierie asupra ofertei sale prin răspunsul de clarificări emis de aceasta cu nr. 543/28.07.2021 reprezintă o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, fapt care nu permite încadrarea acestei abateri în categoria abaterilor tehnice minore și, în plus, echivalează cu depunerea unei noi oferte.

Comisia de evaluare prin cei 2 membri majoritari cu opinie similara se confruntă cu următoarele aspecte care derivă din conținutul răspunsului de clarificare emis de asocierie cu numărul 815/25.10.2021 din care se evidențiază în continuare că:

- asocierea propune a fi admisă o nouă modificare a ofertei sale în sensul aducerii acestei oferte la forma sa inițială;

- asocierea propune abordarea constând în alternativa fie de executare a lucrărilor de montaj respective în quantumul valoric actual al ofertei, fie de aducere a corecțiilor la propunerea financiară pe considerentul existenței unei abateri tehnice minore.

O astfel de conduită este de natură să pună autoritatea contractantă în situația de negociere pe parcursul procedurii de atribuire, inclusiv modificarea ofertei câștigătoare în timpul evaluării, cu excepția situațiilor permise de legislația națională."

Așadar luând act de răspunsurile contradictorii furnizate de asocierea ... – ..., membrii comisiei de evaluare au determinat că situația creată este de natura **modificării ofertei depuse inițial**, nefiind de natura încadrării în categoria abaterilor tehnice minore/erorilor aritmetice/viciilor de procedură.

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, pentru care achizitoarea

își asumă răspunderea, conform principiului asumării răspunderii art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016.

În atare condiții, ținând seama de atribuțiile comisiei de evaluare, expres și imperativ prevăzute de lege, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei depusă de asocierea ... – ... este legală, cele susținute de contestatoare sunt nefondate. Neexistând motive întemeiate pentru infirmarea măsurii luate de autoritate sau pentru anularea rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul urmează să respingă criticile formulate de autoarea contestației.

Referitor la criticile aduse de autoarea contestației vizavi de netemeinicia dispozițiilor legale invocate de achizitoarea ca temei în decizia de anulare a procedurii (*la pct. 5.2 din cadrul Raportului procedurii de atribuire nr. 4336/10.11.2021 se face precizarea că procedura de atribuire oricum a fost „anulată” în temeiul dispozițiilor art. 212 alin. (1) lit. c) și d) din Legea nr. 98/2016*) Consiliul reține că motivul anulării procedurii l-a constituit incidența dispozițiilor **art. 212 lit. a) din Legea nr. 98/2016**, în prezenta procedură, nefiind depusă nicio ofertă admisibilă.

Prin punctul de vedere autoritatea contractantă precizează că nu a dispus anularea procedurii de atribuire pentru motivul reținut de autoarea contestației și că informațiile din cadrul raportului procedurii la care a făcut referire contestatoarea *”vizează doar analiza situației ipotetice care derivă din punctul de vedere exprimat de experții cooptați. Orice sintagmă preluată din conținutul punctului 5.2. trebuie interpretată doar din perspectiva unei situații ipotetice, care a trebuit luată în considerare din cauză că deriva din punctul de vedere exprimat de către experții cooptați în Comisia de evaluare.”*

Respectivele mențiuni aferente situațiilor *ipotetice* prezentate de achizitoare în cuprinsul Raportului procedurii nr. 4336/10.11.2021 au condus la aprecierea că *s-ar putea susține* anularea procedurii conform prevederilor **art. 212 alin. (1) lit. c) și d) și alin. (2)** din Legea nr. 98/2016. Însă acest aspect nu are relevanță în soluționare cauzei, atâta vreme cât motivul care a stat la baza deciziei de anulare l-a constituit incidența dispozițiilor **art. 212 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016**, aspect care se regăsește consemnat în cuprinsul Raportului procedurii nr. 4336/10.11.2021.

Luând în considerare ansamblul considerentelor anterior expuse, în temeiul art. 26 alin (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., în contradictoriu cu ..., ca nefondată.

Determinând că nu există temei pentru dispunerea măsurii de anulare a rezultatului procedurii de atribuire solicitată de autoarea contestației, Consiliul respinge criticile formulate în acest sens și menține decizia de anulare motivat de faptul că toate ofertele depuse au fost respinse, nefiind depusă nici o ofertă admisibilă, astfel cum rezultă din cuprinsul Raportului procedurii nr. 4336/10.11.2021.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., excepție invocată de către autoritatea contractantă

Respinge contestația formulată de către ..., în calitate de lider al asocierii ... – ..., cu sediul în ... în contradictoriu cu ..., cu sediul în ..., ca nefondată.

Menține decizia de anulare a procedurii de atribuire.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 58 (cincizecisipt) pagini.