



C. N. S. C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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

DECIZIE

Nr. 1284/C3/1332

Data: 29.07.2020

Prin contestația nr. 1074/06.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26939/07.07.2020, înaintată de SRL, cu sediul în, șos. Națională 178 – 180, județul și sediul ales în vederea comunicării tuturor actelor de procedură la situat în, înmatriculată la registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator și convențional prin, formulată împotriva rezultatului procedurii emis de autoritatea contractantă ORAȘUL (PRIMĂRIA), cu sediul în, în procedura simplificată organizată în vederea atribuirii unui contract de lucrări având ca obiect „CREȘTEREA EFICIENȚEI ENERGETICE A ILUMINATULUI PUBLIC ÎN ORAȘUL, ...”, inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1068059, publicat la 12.05.2020, s-a solicitat anularea raportului procedurii nr. 17423/29.06.2020, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertelor.

Cu adresa nr. /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. / 22.07.2020, ..., cu sediul în, str. C D Gherea, nr. 2 bis, ..., înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin administrator, a transmis la dosar cerere de intervenție voluntară prin care solicită, în principal, încuviințarea, în principiu a cererii de intervenție în interes propriu, iar în subsidiar, ca cererea de intervenție voluntară în interesul autorității contractante. Pe cale de excepție, intervenienta solicită respingerea contestației, ca tardivă sau ca fiind lipsită de interes, iar pe fond, respingerea ca nefondată.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

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

Prin contestația nr. 1074/06.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 26939/07.07.2020, ... SRL atacă rezultatul procedurii ce i-a fost comunicat de către autoritatea contractantă, considerând că decizia acesteia de declarare a ofertei sale ca inacceptabilă, este una nejustificată și nelegală întrucât criteriile de calificare și criteriile de selecție, care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare simplificat, sunt clauze nescrise raportat la dispozițiile art. 30 alin. (4) și (6) din Anexa la HG nr. 395/2016, apreciază contestatoarea.

Prin raportul procedurii, nr. 17423/29.06.2020, publicat în SEAP în data de 02.07.2020, autoritatea contractantă a declarat oferta SRL inacceptabilă, în baza art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu a respectat cerințele caietului de sarcini, punctul 5.3 (pag. 9), respectiv, până la data deschiderii ofertelor nu a prezentat mostre pentru principalele echipamente (corpuri de iluminat și ansamblu corp cu panou foto – voltaic), precizează contestatoarea.

În opinia contestatoarei, prezentarea mostrelor este o cerință de calificare ce vizează capacitatea tehnică și/sau profesională și ar fi trebuit să se regăsească menționată, în mod corespunzător, explicit, în cuprinsul fișei de date a achiziției, respectiv în anunțul de participare.

Și în acest sens, contestatoarea invocă jurisprudența CNSC.

În altă ordine de idei, în opinia contestatoarei, cum această cerință nu a fost preluată în fișa de date a achiziției este o clauză nescrisă și, invocând Decizia CNSC nr. 2410/C2/2611 din 04.09.2018, contestatoarea apreciază că, respectiva cerință, făcând parte din clauzele calificate de legiuitor nescrise, nu poate fi valorificată ca motiv de respingere.

De asemenea, în susținerea motivațiilor invocate prin contestație, contestatoarea invocă jurisprudența CJUE.

Apreciază contestatoarea că decizia autorității contractante, de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă, a fost emisă cu încălcarea principiului proporționalității.

În drept, contestația este întemeiată pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 precum și cele ale HG nr. 395/2016.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri.

În replică, cu adresa nr. 18740/09.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27957/13.07.2020, autoritatea contractantă a depus punctul de vedere referitor la contestație, prin care invocă respingerea ei, pe cale de excepții sau ca nefondată.

Tardivitatea formulării contestației, susținută pe împrejurarea că autoarea ei a fost înștiințată despre faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în data de 10.06.2020, iar contestația a fost depusă în data de 07.07.2020, peste termenul prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, susține autoritatea contractantă.

Lipsa calității procesuale active a SRL rezultă din împrejurarea că, prin neexercitarea în termen a dreptului de a ataca decizia de respingere (adresa nr. 15378/09.06.2020), în opinia autorității contractante, aceasta nu mai are calitatea să promoveze o astfel de contestație.

Lipsa de interes a SRL întrucât, apreciază autoritatea contractantă, contestatoarea încearcă să inducă în eroare CNSC, prin prezentarea eronată a datelor, dorind în acest fel o repunere mascată în termenul de formulare a contestației.

În opinia autorității contractante, aceste excepții fac de prisos cercetarea în fond a cauzei.

Precizează autoritatea contractantă că, în data de 10.06.2020, au fost publicate în SEAP, procesele-verbale privind evaluarea ofertelor și declararea ofertei SRL ca inacceptabilă, sistemul SEAP notificând ofertanții, în mod automat, privind rezultatul evaluării.

Prin raportul final al procedurii, s-a desemnat oferta câștigătoare și, precizează autoritatea contractantă, nicidecum nu constituie actul prin care oferta SRL a fost declarată inacceptabilă, iar pe cale de consecință, contestatoarea critică câștigătorul procedurii.

În cazul în care contestatoarea înțelege să critice câștigătorul, autoritatea contractantă invocă și solicită respingerea contestației ca introdusă de o persoană fără calitate.

În opinia autorității contractante, contestația trebuie respinsă ca inadmisibilă, motivat de faptul că, contestatoarea nu a constituit și nici nu a depus dovada constituirii întregii valori a cauțiunii.

Pe fond, precizează autoritatea contractantă, verificând motivele de nelegalitate cu privire la actele emise de aceasta, a observat că singura soluție rațională este cea de respingere a contestației, ca lipsită de calitate și de interes, întrucât contestatoarea nu critică efectiv decizia autorității contractante, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă la data de 10.06.2020, ci face doar afirmații generaliste, nemotivând, în fapt și în drept, de ce contestația sa este întemeiată; în lipsa unor critici la adresa rezultatului de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale, ... SRL nu dovedește un interes legitim, personal și actual.

Mai precizează autoritatea contractantă că a respectat principiile reglementate de Legea nr. 98/2016 și deciziile CNSC.

Pentru toate aceste motive, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de către SRL și admiterea excepțiilor invocate.

În drept, punctul de vedere se întemeiază pe dispozițiile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și ale HG nr. 395/2016.

În probatoriu, autoritatea contractantă înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri.

Autoritatea contractantă a anexat punctului de vedere un set de înscrisuri, printre care și dovada comunicării acestuia către URBIOLED SRL, pe e-mail, în data de 09.07.2020, ora 16:05, pe adresa reprezentantului convențional indicată în contestație (.....).

Prin adresa nr. 1138/16.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 28704/17.07.2020, prin reprezentantul convențional, contestatoarea a transmis la dosar concluzii scrise, prin care solicită:

1) respingerea excepțiilor tardivității formulării contestației, a inadmisibilității contestației, a lipsei calității procesuale active și a lipsei de interes pe fondul cauzei, invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere, ca nefondate;

2) admiterea contestației;

3) anularea deciziei autorității contractante privind declararea ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă, anularea tuturor actelor care au stat la baza acestei decizii și a tuturor actelor subsecvente, inclusiv a raportului procedurii nr. 17423/29.06.2020;

4) obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertelor și la stabilirea ofertantului câștigător dintre ofertele admisibile.

Referitor la excepția inadmisibilității, contestatoarea precizează că aceasta este nefondată, cauțiunea aferentă soluționării contestației fiind constituită conform dispozițiilor legale.

În opinia contestatoarei, contrar opiniei autorității contractante, excepția tardivității formulării contestației este nefondată, raportându-se la prevederile art. 215 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Apreciază contestatoarea că, actul decizional al autorității contractante referitor la ofertele primite este raportul procedurii, data emiterii raportului procedurii fiind momentul de la care începe să curgă termenul de contestare stabilit de art. 8 din Legea nr. 101/2016 și nu adresa nr. 15378/09.06.2020 prin care, în data de 10.06.2020, autoritatea a comunicat contestatoarei faptul că oferta sa a fost declarată inacceptabilă.

În acest sens, contestatoarea invocă în apărarea sa, jurisprudența CNSC.

Precizează contestatoarea că, în speță, actul decizional al autorității contractante referitor la ofertele primite (raportul procedurii nr. 17423/29.06.2020) a fost adus la cunoștința participanților la procedura de atribuire prin publicare în SEAP la data de 02.07.2020, termenul de contestare al raportului procedurii începând să curgă la această dată.

În condițiile în care, prin raportare la data emiterii raportului procedurii termenul de contestare de 5 zile urma să expire în data de 06.07.2020 (04 și 05.07 fiind zile nelucrătoare), iar, prin raportare la data publicării în SEAP, termenul de contestare urma să expire în data de 07.07.2020.

În ceea ce privește înscrisurile depuse de autoritatea contractantă la dosar în dovedirea comunicării rezultatului evaluării ofertelor, contestatoarea precizează că, e-mailul ce ar fi fost transmis unui reprezentant al acesteia în data de 10.06.2020 nu a fost primit și argumentează acest aspect subliniind că, din chiar cuprinsul înscrisului respectiv, se poate observa mesajul „Attachment stripped”, ceea ce înseamnă că fișierul atașat nu a fost transmis contestatoarei și nu avea cum să fie recepționat de către aceasta.

Pentru toate aceste argumente, contestatoarea solicită respingerea excepției tardivității contestației, ca nefondată.

Contestatoarea apreciază excepția lipsei calității procesuale active ca fiind nefondată. Conform prevederilor art. 36 din Codul de procedură civilă: „Calitatea procesuală rezultă din identitatea dintre părți și subiectele raportului juridic litigios, astfel cum acesta este dedus judecății. Existența sau inexistența drepturilor și a obligațiilor afirmate constituie o chestiune de fond”.

Prin raportare la actul decizional al autorității contractante referitor la ofertele primite (raportul procedurii nr. 17423/29.06.2020), ce face obiectul contestației, ... SRL îndeplinește condițiile stabilite de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și de art. 36 din Codul de procedură civilă, pentru a deține calitate procesuală activă în speță, respectiv: în calitate sa, de operator economic participant la procedura de atribuire, are un interes în legătură cu rezultatul acesteia; a suferit un prejudiciu, ca o consecință a actului decizional al autorității contractante, referitor la ofertele primite; există identitate între, ca parte ce a promovat contestația și, ca subiect al raportului juridic litigios dedus judecății, în calitate sa de persoană care se consideră vătămată de actul decizional al autorității contractante.

Prin prisma celor de mai sus, contrar opiniei autorității contractante, susține contestatoarea că, în ceea ce privește calitatea procesuală, existența acesteia nu poate fi apreciată prin raportare la exercitarea sau neexercitarea în termen a contestației împotriva unui act păgubitor, emis de autoritatea contractantă, ci, în mod exclusiv, prin raportare la prevederile legale aplicabile care sunt în acest caz, art. 36

din Codul de procedură civilă, art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Față de excepția lipsei de interes privind fondul contestației, contestatoarea precizează că este nefondată și, că prin contestația depusă, a criticat, efectiv, decizia autorității contractante referitoare la ofertele primite.

În acest sens, contestatoarea reiterează motivele expuse în contestație, care au stat la baza promovării acesteia, inclusiv argumentele privitoare la clauzele nescrise.

În opinia contestatoarei, această eroare sau lipsa de rigoare a autorității contractante, care nu a menționat aceste cerințe de calificare în invitația de participare și nici în capitolele fișei de date, a fost de natură să producă și a produs confuzie, în ceea ce privește obligativitatea prezentării de documente.

În altă ordine de idei, contestatoarea apreciază că decizia autorității contractante, de respingere a ofertei SRL, a fost emisă cu încălcarea principiului proporționalității. În baza rolului activ, ce revine comisiei în procesul de evaluare a ofertelor, aceasta avea obligația să efectueze acele demersuri care să conducă la lămurirea tuturor neclarităților avute în legătură cu oferta depusă și nu să ia măsura total disproporționată a respingerii ofertei ca inacceptabilă.

Atunci când a dispus respingerea ofertei contestatoarei, susține contestatoarea, autoritatea contractantă, în loc să opteze pentru o atitudine diligentă, aceasta a acționat sub imperiul unui formalism exagerat, cu atât mai mult cu cât, așa cum rezultă din dosarul achiziției, pe parcursul derulării procedurii de atribuire, autoritatea nu a solicitat niciun fel de clarificare cu privire la chestiunea prezentării mostrelor pentru corpurile de iluminat și ansamblu corp cu panou foto-voltaic.

Pentru a evita luarea unei decizii disproporționate față de scopul urmărit, respectiv față de necesitatea de a asigura concurența în cadrul procedurii de atribuire pentru a beneficia de cea mai eficientă soluție tehnică disponibilă din punct de vedere al raportului cost-beneficiu, comisia de evaluare avea posibilitatea de a solicita contestatoarei orice alte documente sau informații lămuritoare cu privire la oferta depusă, care, față de caracterul de clauză nescrisă al cerinței referitoare la prezentarea de mostre înscrisă în caietul de sarcini, ar fi condus la evitarea respingerii nejustificate și nelegale a ofertei contestatoarei.

Această vătămare nu poate fi înlăturată decât prin admiterea contestației, cu consecința anulării deciziei autorității contractante, a actelor ce au stat la baza ei, precum și a actelor subsecvente deciziilor, inclusiv, dar fără a se limita, la raportul procedurii nr. 17423/29.06.2020 și a obligării autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, prin reevaluarea ofertei contestatoarei de la etapa verificării conformității acesteia.

Prin adresa nr./....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr./22.07.2020, ... a transmis o cerere de intervenție voluntară, prin care solicită:

- în principal, încuviințarea, cererii de intervenție;
- în subsidiar, în situația în care CNSC va aprecia inadmisibilă cererea de intervenție voluntară în interes propriu, admiterea cererii ca cerere de intervenție voluntară în interesul autorității contractante;

Pe cale de excepție, ... solicită respingerea, ca tardivă și ca lipsită de interes, a contestației promovate de către SRL.

Pe fond, solicită respingerea, ca nefondată și neîntemeiată, a contestației.

În opinia intervenientei, justifică un interes în legătură cu procedura ce face obiectul prezentei cauze și consideră că sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

De asemenea, apreciază intervenienta, justifică un interes pentru a interveni în litigiu în sprijinul autorității contractante susținut de nevoia de a se menține rezultatul procedurii de atribuire, având în vedere faptul că oferta sa a fost declarată câștigătoare.

În ceea ce privește tardivitatea promovării contestației de către SRL, intervenienta apreciază că, raportat la adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 15378/09.06.2020, comunicată de autoritatea contractantă către contestatoare în data de 10.06.2020, aceasta este tardivă, fiind promovată peste termenul legal.

În ceea ce privește lipsa de interes a SRL, intervenienta apreciază că excepția lipsei de interes este motivată de faptul că oferta contestatoarei a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 29120/1332/C3/21.07.2020, Consiliul a solicitat autorității contractante să prezinte dovada încărcării în SEAP a procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, proces-verbal nr. 15374/09.06.2020, precum și dovada comunicării rezultatului evaluării, cuprins în acest proces-verbal, către contestatoare, prin oricare dintre modalitățile permise de lege, inclusiv platforma SEAP (e-mail, fax, poștă), după emiterea lui.

Prin adresa nr. 29124/1332/C3/21.07.2020, Consiliul a solicitat AUTORITĂȚII PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI să comunice dacă procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr.

15374/09.06.2020, emis de autoritatea contractantă, ... a fost încărcat în SEAP, în sensul comunicării lui către ofertanți și, după caz, dacă acest rezultat al evaluării le-a fost comunicat, automat prin e-mail.

AUTORITATEA PENTRU DIGITALIZAREA ROMÂNIEI, prin adresa nr. 12925/23.07.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 29683/23.07.2020 a transmis că autoritatea contractantă nu a încărcat în SEAP Procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare nr. 15374/09.06.2020, și, prin urmare, nici nu a fost transmisă notificare de către sistem prin email în acest sens.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „CREȘTEREA EFICIENȚEI ENERGETICE A ILUMINATULUI PUBLIC ÎN ORAȘUL, ..., ORAȘUL (PRIMĂRIA), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea la 12.05.2020, a anunțului de participare nr. SCN1068059, dar și a documentației specifice, în SEAP.

Considerând nelegală decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, ... SRL a promovat prezenta contestație, prin care solicită anularea deciziei atacate și a actelor care o conțin, inclusiv a raportului procedurii nr. 17423/29.06.2020, precum și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii, de la etapa verificării admisibilității ofertelor.

Consiliul are în vedere că, ofertant desemnat câștigător, a înaintat o cerere de intervenție voluntară, în contradictoriu cu contestatoarea.

La analiza preliminară a cererii, Consiliul constată că autoarea ei are interes în menținerea situației de fapt a procedurii, cererea de intervenție fiind admisă în principiu, conform prevederilor coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu prevederile art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă.

De asemenea, constatând că autoarea intervenției formulează apărări care susțin poziția autorității contractante, Consiliul califică cererea drept intervenție voluntară în interesul autorității contractante, urmând a fi analizată odată cu cererile autorității contractante.

Consiliul a luat act de faptul că SRL a făcut dovada îndeplinirii obligației stabilite la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul depunerii unei cauțiuni, conform celor consemnate prin recipisa de consemnare nr. 206373780/1, în valoare de 88.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala, la data de 09.07.2020.

Pe cale de consecință, Consiliul va respinge, ca nefondată, excepția de inadmisibilitate a contestației, invocată de autoritate contractantă, în raport cu pretinsa absență a cauțiunii amintite.

Consiliul ia act de faptul că autoritatea contractantă, dar și intervenienta în favoarea ei, invocă excepția de tardivitate a contestației, precum și excepția lipsei de interes, dar și a calității procesuale active a contestatoarei, motiv pentru care va face analiza lor cu întâietatea impusă la art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Privitor la excepția lipsei calității procesuale active, Consiliul reține că autoarea ei o bazează pe susținerea că neexercitarea în termen a dreptului de atacare a deciziei de respingere a ofertei ar conduce la decăderea contestatoarei din dreptul de a promova o cale de atac. De asemenea, autoarea excepției invocă și presupusa decădere din dreptul de a ataca atribuirea contractului către intervenientă, în cazul în care contestatoarea înțelege să formuleze o astfel de acțiune, în raport cu conținutul raportului procedurii de atribuire, postat în SEAP la 02.07.2020.

Or, neexercitarea în termen a unei căi de atac poate fi invocată pe calea excepției de tardivitate, demers realizat de autoritatea contractantă, ce va fi analizat subsecvent excepției lipsei calității procesuale a contestatoarei. În fapt, contestația a fost îndreptată, exclusiv, împotriva respingerii ofertei contestatoarei, nu împotriva deciziei de stabilire a câștigătorului procedurii. Astfel, autoarea criticilor are acele caracteristici ale persoanei ce poate formula contestație, împotriva unui act al autorității contractante, precizate la art. 2 și 3 din Legea nr. 101/2016.

Prin urmare, Consiliul va respinge excepția lipsei calității procesuale a contestatoarei, ca nefondată.

Atât excepția tardivității contestației, pusă în discuție de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 18740/09.07.2020, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 27957/13.07.2020, cât și excepția lipsei de interes, se bazează pe susținerea autoarei că, în fapt, a fost depășit termenul de formulare a contestației, în raport cu prima înștiințare asupra rezultatului evaluării propunerii financiare, ce ar fi fost transmis contestatoarei la 10.06.2020.

Consiliul reține că, în speță, raportat la valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit în prezenta procedură, adică 5.389.357,36 lei, fără TVA (care este sub pragul prevăzut de dispozițiile art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016), sunt incidente prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, în vigoare la data inițierii contestației (07.07.2020), potrivit cărora:

Art. 8. - (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) 5 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/sectorial sau de concesiune este egală 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.

Totodată, Consiliul reține că, potrivit art. 16 alin. (1) din aceeași lege, sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare.

Părțile se raportează, diferit, la alte date la care ar fi luat cunoștință de decizia de respingere a ofertei, de la care a început să curgă termenul de atac amintit.

Autoarea excepției își bazează susținerile pe faptul, nedovedit, al transmiterii măsurii de excludere a ofertei la 10.06.2020, prin SEAP și prin e-mail. Consiliul constată că dovezile autorității contractante, atașate punctului de vedere, nu relevă acea transmitere a rezultatului evaluării ofertei contestatoarei.

*Copia transmiterii prin e-mail a "rezultatului evaluării ofertelor depuse", așa cum formulează autorul acestei corespondențe (la adresa bogdan.gavrilesco@urbio.romania.ro) relevă, în primul rând, că nu s-a reușit atașarea aceluși document, care ar conține comunicarea în cauză ("Attachment stripped"). În plan secund, autoarea excepției nu face dovada comunicării rezultatului procedurii conform prevederilor coroborate ale art. 215-216 din Legea nr. 98/2016, adică după întocmirea raportului procedurii, care trebuie să conțină, printre altele *denumirea candidaților/ofertanților respinși și motivele respingerii* (a se vedea prevederile literei b a alineatului 3 al art. 216 din lege).*

De asemenea, copia (print-screen) paginii SEAP, care ar cuprinde corespondența cu contestatoarea, relevă că autoritatea contractantă i-a transmis contestatoarei, la 10.06.2020, numai procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor și raportul intermediar, documente din care nu rezultă o decizie de excludere (copia lor fiind la dosarul cauzei).

Procesul-verbal nr. 15374/09.06.2020, din care rezultă excluderea ofertei contestatoarei, după analizarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, nu a fost postat în SEAP, așa cum confirmă și administratorul platformei – Autoritatea pentru Digitalizarea României. În mod implicit, nici un e-mail automat, cu acest rezultat, nu a fost transmis către contestatoare.

Din documentele atașate în SEAP, rezultă că autoarea contestației a avut cunoștință de excluderea ofertei sale, cu certitudine, la data postării raportului final al procedurii, adică la 02.07.2020. Contestația împotriva excluderii ofertei a fost înaintată la 06.07.2020, prin e-mail și prin poștă, către CNSC și către autoritatea contractantă

Prin urmare, autoritatea contractantă, nedeținând dovada comunicării rezultatului la data la care pretinde (10.06.2020), în susținerea excepției de tardivitate, contrar dispozițiilor art. 16 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, dar și ale art. 249 din Codul de procedură civilă, ce o obligă la sarcina probei, Consiliul va respinge excepția de tardivitate a contestației, ca nefondată.

De asemenea, Consiliul va respinge și excepția lipsei de interes a contestatoarei, ce se bazează pe aceleași susțineri ale autoarei excepției, privind termenul de exercitare a acțiunii, ca nefondată. Excepția lipsei de interes, invocată și de intervenientă, va fi respinsă de Consiliu, de asemenea, ca nefondată, întrucât autoarea ei pretinde că nu s-a formulat contestație în termen, împotriva deciziei de respingere a ofertei.

Trecând la cercetarea fondului disputei, Consiliul constată că respingerea ofertei contestatoarei s-a bazat pe pretinsa nerespectare a unei obligații cuprinse în caietul de sarcini, pagina 9, punctul 5.3.

La analiza cerinței în cauză, Consiliul constată că, în fapt, autoritatea a impus obligația ofertanților de prezentare a unor mostre pentru "principalele echipamente, respectiv corpuri de iluminat și ansamblu corp cu panou voltaic...", sub sancțiunea respingerii ofertei, ca inacceptabilă.

În considerarea dispozițiilor art. 179 litera l) din Legea nr. 98/2016, solicitările de mostre (de către achizitor) au natura unor cerințe care să probeze capacitatea tehnică a ofertantului de a executa viitorul contract, și nu conformitatea produselor propuse cu cerințele caietului de sarcini: *Art. 179. - Operatorul economic face dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională prin prezentarea, după caz, a unora sau mai multora dintre următoarele informații și documente: [...] eșantioane, descrieri sau fotografii ale produselor care urmează a fi livrate, a căror autenticitate trebuie certificată la solicitarea autorității contractante.*

Or, normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, interzic includerea criteriilor de calificare în conținutul caietului de sarcini, sub sancțiunea neluării lor în seamă (fiind considerate clauze nescrise), prin art. 30 alin. (6): *Criteriile de calificare și criteriile de selecție care se regăsesc în caietul de sarcini ori în documentația descriptivă și care nu sunt prevăzute în anunțul de participare/simplificat/de concurs sunt considerate clauze nescrise.*

Coroborarea acestei reguli, cu regulile de întocmire a caietului de sarcini, regăsite la art. 20 alin. (10) din Norme, conduc la o obligația

pentru achizitor de a asigura o informare completă, clară și explicită a ofertanților, prin întocmirea unei documentații lipsite de chivoc: (10) *Caietul de sarcini conține, în mod obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui produs, serviciu sau lucrare să fie descris, în mod obiectiv, astfel încât să corespundă necesității autorității contractante.*

Astfel, în absența oricărei mențiuni, din cuprinsul anunțului de participare, privind obligativitatea prezentării mostrelor, autoritatea contractantă nu avea dreptul să facă analiza ofertelor în raport cu clauza caietului de sarcini pe baza căreia a respins participarea contestatoarei (clauza fiind considerată nescrisă, adică regulă inexistentă).

Consiliul consideră că sunt întemeiate criticile contestatoarei, împotriva utilizării acestei clauze nescrise, în raport cu oferta sa, de asemenea, jurisprudența națională evocată fiind constantă, în acest sens (la nivelul instanțelor sau a organismului administrativ-jurisdicțional).

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ORAȘUL (PRIMĂRIA), va anula decizia de respingere a ofertei sale (conținută de documentele emise până la acest moment, privitor la absența mostrelor) și va obliga autoritatea contractantă la continuarea procedurii, prin reevaluarea ofertei fără a ține cont de clauza nescrisă evocată mai sus.

În mod implicit, Consiliul va respinge cererea de intervenție accesorie, aparținând, ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în principiu cererea de intervenție accesorie formulată de în favoarea autorității contractante.

Respinge excepțiile invocate de către autoritatea contractantă ORAȘUL (PRIMĂRIA) și de intervenienta accesorie, ca nefondate.

Admite contestația formulată de SRL și anulează decizia de respingere a ofertei sale, cuprinsă în toate actele ce privesc evaluarea prezentării de mostre, inclusiv a raportului procedurii, nr. 17423 din 29.06.2020.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii, în maxim 15 zile de la primirea deciziei, prin evaluarea ofertei contestatoarei fără a ține cont de clauzele nescrise din caietul de sarcini, privind prezentarea mostrelor.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare, conform prevederilor art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.