

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr.

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 21233/23.04.2021, formulată de SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ... reprezentată legal prin administrator ... și convențional prin avocat formulată împotriva adresei nr. 6520/21.04.2021, reprezentând comunicare respingere ofertă, emisă de, cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea încheierii unui contract de concesiune având ca obiect „*Servicii de întreținere și menținere în funcțiune a sistemului de iluminat public din, precum și închirierea temporară de produse pentru realizarea iluminatului ornamental-festiv*”, cod CPV 50232100-1 – *Servicii de întreținere a iluminatului public (Rev.2)*, s-au solicitat:

„(a) *anularea adresei nr. 6520/21.04.2021 (comunicare respingere ofertă) prin care oferta depusă de către a fost respinsă ca inacceptabilă, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acesteia, emise de către autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei;*

(b) *obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia concesiunilor de servicii, cu consecința stabilirii conformității și acceptabilității ofertei;*

(c) *obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea demersului judiciar, potrivit dovezilor justificative ce vor fi depuse la dosarul cauzei”.*

**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 SRL critică adresa nr. 6520/21.04.2021, reprezentând

comunicare respingere ofertă, emisă de, în calitate de autoritate contractantă, în procedura amintită, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatorul arată că, anterior cererii de față, a formulat contestație împotriva respingerii ofertei sale, soluționată prin decizia CNSC nr. 285/C2/81/09.02.2021, în sensul admiterii ei și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, definitivă prin decizia nr. 268/2021, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal.

Ulterior, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări, cu adresa nr. 3177/02.03.2021, cu termen 09.03.2021, la care societatea sa a transmis răspuns în termenul impus, prin e-mail, la adresa indicată în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți nr. 11617/28.08.2020, și, totodată, prin serviciul de curierat rapid.

Cu toate acestea, prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a respins oferta sa, ca inacceptabilă, motivat de faptul că răspunsul nu ar fi fost transmis în termen, acesta fiind înregistrat în ziua următoare. Concluzia, autoritatea contractantă respinge oferta strict sub considerentul că atât mesajul e-mail, cât și livrarea răspunsului au fost înregistrate în data de 10.03.2021.

Potrivit contestatorului, motivul de respingere al ofertei sale este nelegal și netemeinic atât timp cât dispozițiile art. 87 alin. (5) din H.G. nr. 867/2016, indicate chiar de către autoritatea contractantă pentru a motiva măsura de respingere a ofertei, sancționează doar demersul de a nu transmite clarificările solicitate în termenul precizat.

În opinia sa, sancțiunea respingerii ofertei nu este aplicabilă în funcție de momentul înregistrării unui răspuns la o solicitare de clarificare, ci doar în raport de data la care acesta a fost transmis. Sancționarea netransmiterii, iar nu neînregistrării, are, de altfel, și un raționament logic deoarece singurul demers al ofertantului este transmiterea propriu-zisă a răspunsului la solicitările de clarificare, înregistrarea acestuia fiind în sarcina exclusivă a autorității contractante, deci neputând fi imputabilă operatorului economic.

În concret, susține contestatorul că mesajul e-mail ce conținea răspunsul la solicitările de clarificări a fost transmis în data de 09.03.2021 (marți), ora 14:42, în programul registraturii indicat în solicitarea de clarificare (8:00 - 16:30). Prin urmare, documentele solicitate au fost puse la dispoziția autorității contractante inclusiv cu respectarea programului registraturii, independent și indiferent de momentul în care aceasta a decis să procedeze la înregistrarea documentelor.

Practic, deși răspunsul la solicitările de clarificare transmis în termen și în timpul programului registraturii indicat în solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă a ales, din propria inițiativă, să înregistreze

răspunsul abia a doua zi, în data de 10.03.2021, ora 10:49, cu depășirea termenului indicat, informând în acest sens și ofertantul.

Potrivit contestatorului, programul registraturii autorității contractante nu poate obstrucționa posibilitatea ofertantului de a depune răspunsul la solicitările de clarificare, în aplicarea dispozițiilor art. 87 din H.G. nr. 867/2016, care statuează expres că nu se poate impune o anumită oră până la care răspunsurile ofertanților să fie depuse. Raționamentul pentru care această regulă a fost reglementată constă tocmai în protejarea dreptului ofertantului de a depune oferta oricând pe parcursul intervalului stabilit, astfel încât demersul să nu fie obstrucționat de însăși autoritatea contractantă prin stabilirea unor ore poate imposibil de respectat.

Or, atât timp cât nu se poate impune o oră anume până la care ofertantul să transmită răspunsul la solicitarea de clarificare, în opinia contestatorului, devine evident că nici înregistrarea acestuia, ulterior transmiterii în termenul indicat, nu poate constitui un motiv de respingere a ofertei. Practic, chiar și în situația în care s-ar fi procedat la transmiterea răspunsului la ora 23:59, iar autoritatea contractantă l-ar fi înregistrat în ziua următoare, oferta nu ar fi putut fi respinsă deoarece singura situație care conduce la inacceptabilitatea ofertei este netransmiterea în termenul impus.

Mai mult, arată contestatorul că răspunsul a fost transmis și prin serviciile de curierat rapid cu respectarea termenul impus de către autoritatea contractantă. Contrar susținerilor autorității contractante, pentru respectarea termenului impus, relevantă este data expedierii răspunsului prin serviciile de curierat, iar nu data livrării acestuia.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul susține că respingerea ofertei sale pentru motivul invocat de autoritatea contractantă în adresa nr. 6520/21.04.2021, încalcă principiul proporționalității măsurii aplicate atât timp cât autoritatea contractantă avea la dispoziție toate documentele solicitate, acestea fiind transmise în termenul și modalitatea impusă prin solicitarea de clarificare.

În drept, se invocă dispozițiile art. 8 raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și cele menționate în contestație.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În punctul de vedere comunicat prin adresa nr. 6803/29.04.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 22566/04.05.2021, ..., în calitate de autoritate contractantă, solicită respingerea contestației formulată de SRL.

Autoritatea contractantă precizează că, pentru a pune în aplicare decizia Consiliului nr. ..., prin adresa nr. 3177/02.03.2021 a solicitat contestatorului clarificări la etapa de reevaluare a propunerii tehnice conform celor dispuse de CNSC, răspuns ce trebuia comunicat prin poștă sau înmânare directă la registratura autorității contractante, până la data de 09.03.2021, inclusiv.

Contrar susținerilor contestatorului conform cărora răspunsul a fost comunicat în termen, prin e-mail, la data de 09.03.2021, la adresa indicată în cadrul instrucțiunilor pentru ofertanți nr. 11617/28.08.2020, autoritatea contractantă arată că transmiterea prin e-mail nu a fost menționată ca modalitate de comunicare a răspunsului, motiv pentru care răspunsul transmis prin e-mail nu poate fi luat în considerare.

Potrivit fișei de date a achiziției, punctul IV.4.3. Modul de prezentare al ofertei, se precizează *"în situația în care comisia de evaluare precizează în solicitarea de clarificări faptul că răspunsul trebuie transmis utilizând unul dintre mijloacele de comunicare prevăzute de legislația aplicabilă, atunci ofertantul are obligația de a utiliza mijlocul de comunicare precizat în solicitarea de clarificări"*. De asemenea, în *"Instrucțiuni către ofertanți_iluminat"* publicate în SEAP, la titlul *"Detaliile referitoare la formalitățile care trebuie îndeplinite în legătura cu procedura de atribuire"* se precizează *"în situația în care comisia de evaluare precizează în solicitarea de clarificări faptul că răspunsul trebuie transmis utilizând unul dintre mijloacele de comunicare prevăzute de legislația aplicabilă, atunci ofertantul are obligația de a utiliza mijlocul de comunicare precizat în solicitarea de clarificări"*.

Întrucât comisia de evaluare a precizat ca modalități de comunicare poștă și înmânare directă, în situația de față dacă s-ar lua în considerare și alte modalități de transmitere a răspunsurilor ar însemna că ea însăși nu respectă condițiile prevăzute în documentația de atribuire, ceea ce ar conduce la aplicarea discreționară a acesteia.

Contrar susținerilor contestatorului, conform cărora singura responsabilă de nerespectarea termenului precizat în solicitarea de clarificări este autoritatea contractantă și nu el însuși care avea obligații legiferate privind prezentarea răspunsului, în opinia autorității contractante, obligația contestatorului corespunde cu obligația autorității/entității contractante de a se asigura că toate documentele care stau la baza procedurii de atribuire respectă întocmai rigorile legii, având în vedere faptul că toate aceste documente sunt supuse controlului mai multor autorități și instituții publice atât sub aspectul formei cât și al fondului.

În concluzie, răspunsul transmis prin e-mail nu se încadrează în niciuna dintre modalitățile de comunicare stabilite în solicitarea de clarificări și în nici un caz nu poate fi echivalat cu depunerea la registratura autorității contractante. Distincția dintre modalitățile de comunicare este făcută și de art.48 din HG nr. 867/2016 care evidențiază distinct modalitățile de comunicare: „a) mijloace electronice;" "b) poștă sau fax;"și „d) înmânare directă sub semnătură".

Or, în opinia autorității contractante, acceptarea răspunsului comunicat prin e-mail conduce la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune enunțate la art. 2, alin. (2) din

Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, cu modificările și completările ulterioare.

De subliniat că termenul de răspuns precizat includea 4 zile lucrătoare fără a se lua în considerare data transmiterii solicitării de clarificări și data de prezentare a răspunsului, termen care este extins față de prevederile legale ale art. 87 alin. (3) din HG nr. 867/2016.

Cu privire la apărările contestatorului referitoare la transmiterea în termen a răspunsului la solicitările de clarificare prin serviciile de curierat, autoritatea contractantă susține că potrivit prevederilor conținute în legislația în domeniu, termenul-limită stabilit pentru transmiterea clarificărilor solicitate de autoritatea/entitatea contractantă trebuie respectat de ofertanți, aceștia având obligația de a depune toate diligențele și de a lua toate măsurile pentru a se încadra în termenul-limită stabilit de comisia de evaluare.

Contestatorul trebuia să ia în considerare faptul că, prin oricare din mijloacele de comunicare precizate (poștă sau înmânare directă) ar fi transmis răspunsul, acesta trebuia primit și înregistrat până la data de 09.03.2021, inclusiv. Orice înregistrare a răspunsului ulterioară acestei date face ca oferta să fie considerată inacceptabilă.

Întrucât termenul-limită stabilit pentru transmiterea răspunsului la solicitările de clarificări este echivalat cu termenul-limită de depunere a ofertei, intervalul de timp necesar transmiterii și înregistrării este în sarcina exclusivă a ofertantului.

În privința modalităților de comunicare, autoritatea contractantă susține că, din regulile aplicabile comunicărilor conținute în art. 48 din H.G. nr. 867/2016, rezultă fără echivoc faptul că cele două mijloace de comunicare precizate, poștă și înmânare directă, sunt prevăzute de legislația aplicabilă. Conform acestei prevederi legale *"Cu excepția cazului în care utilizarea mijloacelor electronice este obligatorie conform dispozițiilor prezentei legi, orice comunicare, solicitare, informare, notificare și altele asemenea sunt transmise prin unul dintre următoarele mijloace de comunicare:*

- *mijloace electronice;*
- *poștă sau fax;*
- *comunicare verbală, inclusiv telefonică;*
- *înmânare directă sub semnătură".*

În atare situație, este absolut greșită concluzia contestatorului referitoare la modalitatea înmânării directe, atâta timp cât s-a precizat expres modalitățile de comunicare a răspunsului, solicitarea fiind în concordanță cu fișa de date a achiziției la punctul IV.4.3. Modul de prezentare al ofertei și Instrucțiunile către ofertanți publicate în SEAP.

În ceea ce privește faptul că răspunsul a fost transmis prin serviciile de curierat, autoritatea contractantă apreciază că autorul contestației trebuia să depună toate diligențele și să ia toate măsurile pentru încadrarea în termenul stabilit de comisia de evaluare, având în vedere

faptul că s-a menționat expres faptul că *"Răspunsul se înregistrează la registratura autorității/entității contractante până la data de 09.03.2021 inclusiv."* Răspunsul transmis prin curier a fost înregistrat ulterior termenului precizat, motiv pentru care nu poate fi luat în considerare în viziunea autorității contractante.

În privința susținerii aplicabilității dispozițiilor conținute în Codul civil, respectiv Codul de procedură civilă referitoare la termenele aplicabile actelor juridice prevăzute de acesta, autoritatea contractantă precizează că, în desfășurarea procedurii de atribuire, este aplicabilă legislația specială Legea nr. 100/2016, prevederile codurilor invocate fiind aplicabile numai pentru aspecte nereglementate de legea specială, iar conform legislației aplicabile în cauză, răspunsurile care se prezintă comisiei de evaluare trebuie să se încadreze în termenul-limită stabilit de aceasta. Termenul stabilit de comisia de evaluare, în speță, prezentarea și înregistrarea răspunsului la autoritatea/entitatea contractantă, a fost până la data de 09.03.2021, inclusiv.

În concluzie, contestatorul nu a comunicat/înregistrat răspunsul la solicitările de clarificări în termenul stabilit de comisia de evaluare, transmiterea prin e-mail nefiind precizată ca modalitate de comunicare, iar, față de utilizarea serviciilor de curierat, înregistrarea a fost peste termenul stabilit. Mai mult, acesta avea obligația de a se asigura ca răspunsul transmis va fi livrat în timp util, astfel încât să fie primit și înregistrat la registratură în termenul stabilit de comisia de evaluare.

În atare situație, autoritatea contractantă nu a analizat răspunsul întrucât acesta a fost depus peste termenul-limită precizat de comisia de evaluare în solicitarea de clarificări.

Față de aspecte prezentate, autoritatea contractantă apreciază că motivele care au condus la decizia respingerii ofertei contestatorului sunt justificate, solicitând, în acest sens, respingerea contestației formulată de SRL.

În drept, se invocă prevederile art. 18 din Legea nr. 101/2016, Legea nr. 100/2016, HG. nr. 867/2016, Legea nr. 98/2016 și HG nr. 395/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

În replică, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 23852/10.05.2021, contestatorul a formulat concluzii ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante, reiterând cele susținute în contestație cu privire la decizia abuzivă de respingere a ofertei sale, apreciind că aceasta încalcă principiile proporționalității, asumării răspunderii, egalității de tratament și transparenței.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă avea la dispoziție toate documentele solicitate, transmise prin metodele legale de comunicare, în termenul indicat, însă a ales să respingă o ofertă pe un motiv superficial, în detrimentul obligației de a alege o sancțiune adecvată și necesară situației intervenite.

Prin adresa nr. 7558/12.05.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 24527/12.05.2021, autoritatea contractantă a formulat un răspuns la concluziile scrise înaintate de contestator, prin care precizează că susținerile acestuia nu constituie un motiv întemeiat care să poată înlătura legalitatea și temeinicia deciziei de respingere a ofertei SRL.

Referitor la plata cheltuielilor de judecată solicitate de contestator, autoritatea contractantă susține că valoarea acestora și tendința de a utiliza costuri disproporționat de mari, ar fi putut ușor evitate dacă se respectau prevederile documentației de atribuire.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

...., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată offline, în vederea încheierii unui contract de concesiune având ca obiect „Servicii de întreținere și menținere în funcțiune a sistemului de iluminat public din, precum și închirierea temporară de produse pentru realizarea iluminatului ornamental-festiv”, cod CPV 50232100-1 – Servicii de întreținere a iluminatului public (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. PC.../, la care a anexat documentația de atribuire. Data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită la 05.10.2020, iar, criteriul de atribuire, „Cel mai bun raport calitate – preț”.

Potrivit documentului „Declarație de participare”, publicat în SEAP asociat anunțului de participare, în cadrul procedurii au fost primite 2 oferte, din partea SRL și SRL, iar ulterior evaluării propunerilor tehnice, a fost întocmit raportul intermediar nr. 194/06.01.2021, în cuprinsul căruia s-a reținut modul de desfășurare al procedurii, conformitatea ofertei SRL și respingerea ofertei SRL.

Nemulțumit de conținutul adresei nr. 195/06.01.2021, reprezentând comunicare rezultat evaluare propuneri tehnice, ...SRL a formulat contestație, soluționată prin decizia CNSC nr. 285/C2/81 09.02.2021, în sensul admiterii ei, cu obligarea autorității contractante la anularea raportului intermediar nr. 194/06.01.2021, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente și reevaluarea ofertei contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

Această decizie a CNSC a fost atacată cu plângere, care a fost respinsă, ca nefondată, de Curtea de Apel Alba Iulia, prin hotărârea nr. 268/08.03.2021, definitivă.

Ulterior reevaluării propunerii tehnice, autoritatea contractantă a întocmit raportul intermediar nr. 6517/21.04.2021, conform căruia s-a stabilit conformitatea ofertei SRL, precum și respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei SRL, în considerarea dispozițiilor art. 85 alin. (5) din HG nr. 867/2016, pe motiv că (concluzie expusă doar în adresa de comunicare a rezultatului procedurii) **„clarificările/completările**

transmise nu au fost transmise în termenul precizat de comisia de evaluare....Acceptarea răspunsului la solicitările de clarificări conduce la încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune enunțate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2006..."

Nemulțumit de acest rezultat, așa cum a fost acesta comunicat prin adresa nr. 6520/21.04.2021, ...SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Examinând susținerile părților și documentele probatorii existente la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Punând în aplicare decizia CNSC, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului contestator, clarificări, prin adresa nr. 3177/02.03.2021, indicând faptul că „Răspunsul se prezintă până la data de 09.03.2021, prin oricare dintre următoarele mijloace de comunicare:

- Poștă, pe adresa ...
- Înmânare directă la registratura autorității/entității ...

Răspunsul se înregistrează la registratura autorității/entității contractante până la data de 09.03.2021. Precizăm faptul că registratura autorității/entității contractante funcționează numai în zilele lucrătoare după următorul program luni-joi între orele 8-16,30, iar vineri între orele 8,00-14,00".

La această solicitare, ofertantul contestator a transmis răspunsul său, prin e-mail, în data de 09.03.2021, ora 14:42, răspuns înregistrat la sediul autorității sub nr. 3597/10.03.2021, și prin servicii de curierat rapid, tot în data de 09.03.2021, înregistrat la sediul autorității sub nr. 3640/10.03.2021.

Potrivit raportului intermediar nr. 6517/21.04.2021, oferta contestatorului a fost respinsă în temeiul art. 85 alin. (5) din HG nr. 867/2016, conform cu care „în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei/solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa este considerată inacceptabilă."

Coroborând informațiile din cuprinsul acestui raport intermediar cu cele evidențiate în comunicarea adresată contestatorului, se observă că, ceea ce i se impută ofertantului face referire la faptul că răspunsul la clarificări a fost înregistrat la sediul autorității contractante în data de 10.03.2021, ulterior datei limită de stabilită prin solicitarea de clarificări, respectiv 09.03.2021.

Așa cum s-a evidențiat mai sus, ofertantul contestator a ales să transmită răspunsul său inițial prin email, în data de 09.03.2021, în timpul orelor de program al autorității, iar acel email a fost primit de

către destinatar, situație recunoscută inclusiv de autoritate, prin confirmarea înregistrării lui sub nr. 3597/10.03.2021.

Se observă așadar, că ipoteza netransmiterii clarificărilor solicitate în termenul precizat de comisia de evaluare avută în vedere de legiuitor în definirea cazului de excludere, nu se circumscrie speței deduse judecății, fiind firesc că acel mail, chiar dacă înregistrat a doua zi, a fost transmis către destinatar și primit de acesta în data de 09.03.2021, ora 14:42. De altfel, chiar în emailul de confirmare transmis de autoritatea contractantă sunt evidențiate aceste date, drept care, asupra lor, nu planează niciun dubiu.

În același sens, Consiliul constată că nici măcar autoritatea contractantă nu neagă primirea emailului la data de 09.03.2021, reclamând exclusiv înregistrarea acestuia la sediul său, ulterior acestei date. Or, câtă vreme transmiterea emailului a fost anterioară finalului de program al autorității, și, mai mult, nici nu a fost indicat și nici nu se poate identifica vreun motiv pentru care a fost imposibilă înregistrarea răspunsului în aceeași zi a primirii lui, în opinia Consiliului, pretinsa nerespectare a termenului de răspuns apare neîntemeiată.

În altă ordine de idei, comisia de evaluare nu a justificat eliminarea contestatorului din procedură pe motiv că răspunsul a fost comunicat pe email, o asemenea mențiune neregăsindu-se consemnată nici în raportul intermediar și nici în comunicarea rezultatului către ofertant, doar în acest din urmă înscris arătându-se, ca motiv de respingere, că răspunsul nu a fost transmis în termenul precizat de comisia de evaluare.

Chiar dacă nu rezultă în mod direct din actele de evaluare ca reprezentând un motiv de respingere, ci s-ar putea deduce din trimiterile făcute de comisie la prevederile fișei de date și instrucțiunilor pentru ofertanți corespunzătoare, nici faptul că ofertantul contestator ar fi ales ca mijloc de comunicare a răspunsului, emailul, nu poate constitui un motiv suficient pentru aplicarea măsurii extreme de excludere din procedură a ofertei.

Desigur că atât achizitorul, cât și ofertanții, trebuie să respecte toate condițiile de formă și de fond stabilite în documentele concesiunii, aceasta fiind o primă condiție impusă de principiile tratamentului egal și transparenței, statuate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 100/2016, însă, în evaluare, trebuie avut în vedere și principiul proporționalității, împreună reprezentând principii care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii.

Principiul proporționalității reprezintă un principiu care se aplică pe întreg procesul de atribuire și care presupune că oricare decizie sau măsură adoptată, urmează să se bazeze pe o justă și echitabilă evaluare, pe echilibrare adecvată a intereselor implicate, precum și pe o selectare coerentă a mijloacelor și mecanismelor care urmează a fi utilizate în vederea atingerii unui scop predefinit. Principiul proporționalității trebuie înțeles ca o asigurare a corelației dintre necesitatea autorității

contractante, obiectul contractului de concesiune și cerințele solicitate a fi îndeplinite.

După cum s-a reținut în jurisprudența comunitară a achizițiilor publice, ca o expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite *„înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconveniente cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite”* (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Așa cum a statuat în mod constant jurisprudența în materie, în ipoteza în care ofertantul trebuie să respecte anumite termene de depunere a înscrisurilor solicitate, sub sancțiunea respingerii ofertei ca inadmisibilă, nu este posibilă aplicarea principiului proporționalității pentru a înlătura sancțiunea respectivă.

Însă, în cazul de față, informațiile solicitate de autoritatea contractantă au ajuns în posesia ei în termenul impus, indiferent de data la care aceasta a ales să le înregistreze, drept care, se constată că nu poate fi reținută în sarcina ofertantului contestator nerespectarea termenului de răspuns la clarificări.

În acest context, apreciază Consiliul, comisiei de evaluare îi revenea sarcina nu de a respinge automat oferta contestatorului ca fiind inacceptabilă, ci de a aprecia incidența principiului proporționalității.

O atare necesitate este una rezonabilă, în acord cu scopul procedurii de achiziție, cu principiul proporționalității și impusă tocmai de acesta, și nu poate fi interpretată în contextul dat ca fiind contrară celorlalte principii privind transparența și tratamentul egal, așa cum susține autoritatea contractantă, mai cu seamă că procedura este una desfășurată offline, iar emailul reprezintă un mijloc de comunicare acceptat în procedură atât de legiuitor, cât și de autoritatea contractantă conform documentului Instrucțiuni pentru ofertanți, parte a documentației de atribuire.

În concluzie, Consiliul apreciază că, în evaluarea ofertei amintite, autoritatea contractantă a acționat sub imperiul unui formalism exagerat atunci când a dispus respingerea ofertei contestatorului, în loc să opteze, în acord cu principiile privind concesiunile și dispozițiile legale incidente, pentru o atitudine diligentă prin care s-ar fi evitate adoptarea unei măsuri disproporționate față de scopul urmărit, critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei, fiind întemeiată.

Luând în considerare cele anterior expuse, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă, va anula raportul intermediar nr. 6517/21.04.2021, în partea care privește evaluarea ofertei

contestatorului, precum și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 de zile de la primirea deciziei.

În temeiul art. 26 alin. (6) din același act normativ, va respinge, ca inadmisibilă, solicitarea din cadrul capătului de cerere de la punctul b) al contestației, în ceea ce privește consecința urmărită, respectiv „*cu consecința stabilirii conformității și acceptabilității ofertei*”, având în vedere că stabilirea ofertelor admisibile este atributul comisiei de evaluare, conform dispozițiilor art. 82 alin. (1) din HG nr. 867/2016.

Referitor la cererea contestatoarei de plată a cheltuielilor de judecată, ținând cont de dispozițiile art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, conform cărora: *Consiliul poate obliga, la cerere, partea în culpă, la plata cheltuielilor efectuate pentru soluționarea contestației. Quantumul, detalierea și documentele doveditoare ale cheltuielilor efectuate sunt prezentate în cerere, care trebuie depusă înainte de pronunțarea deciziei de soluționare a contestației*, Consiliul constată că la dosarul cauzei a fost depusă Împuternicirea Avocațială seria .. din data de 23.04.2021, în baza contractului nr. 2430727/2020 și factura fiscală seria ...din data de 23.04.2021, emisă de ..., reprezentând „... *Servicii de asistență conform contractului de asistență juridică numărul 2430727, din data de 31.01.2020. Art. II.2 ...*”, în cuantum de 11.722,69 lei.

Conform art. 453 din Codul de procedură civilă, partea care pierde procesul va fi obligată, la cererea părții care a câștigat, să îi plătească acesteia cheltuieli de judecată. Potrivit art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, *„Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei. Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său”*.

Făcând aplicarea dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 453 raportat la art. 451 alin. (2) din Codul de procedură civilă, reținând culpa procesuală a autorității contractante, Consiliul va dispune obligarea acesteia la plata în favoarea petentei SRL a sumei de 5.861,35 lei, reprezentând onorariu avocațial parțial, în urma reducerii acestuia de la 11.722,69 lei (facturat cu nr. 225 din data de 23.04.2021 și achitat de societatea contestatoare prin tranzacție interbancară la 06.05.2021, potrivit actelor depuse în copie la dosarul cauzei), proporțional cu gradul de admitere a cererilor din contestație, precum și cu complexitatea cauzei.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

Admite, în parte, contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritate contractantă. Anulează raportul intermediar nr. 6517/21.04.2021, în partea care privește evaluarea ofertei contestatorului, precum și actele subsecvente. Obligă autoritatea contractantă la reevaluarea acestei oferte cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare, în termen de 10 de zile de la primirea deciziei.

Respinge, ca inadmisibilă, solicitarea din cadrul capătului de cerere de la punctul b) al contestației, în ceea ce privește consecința urmărită, respectiv *„cu consecința stabilirii conformității și acceptabilității ofertei”*.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SRL a sumei de 5.861,35 lei, reprezentând onorariu avocațial parțial.

Obligatorie.

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.

...