

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. 1574/ C7 / 1714

Data: 10.07.2023

Prin contestația nr. 393/21.06.2023, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 33896/23.06.2023, depusă de (...) SRL, cu ..., reprezentată de domnul Ferenc Kiss - administrator, privind procedura de licitație deschisă pentru atribuirea contractului de servicii de creare a infrastructurii de identitate digitală pentru informarea și consultarea cetățenilor în relația cu administrația locală printr-un portal unic de interacțiune și formarea ulterioară a grupului țintă - proiect SMIS 154615, cod CPV principal 72212600-5, cu data-limită de depunere a ofertelor 04.04.2023, anunț de participare nr. CN1052054/16.02.2023, organizată de (...), cu sediul în în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat, în esență, anularea punctajului consemnat în raportul procedurii și reacordarea corectă a acestuia.

**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 ofertantul (...) SRL reclamă punctajul acordat ofertei sale de către autoritatea contractantă (...), în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând în motivare că ar fi trebuit să i se ceară lămuriri, anterior aprecierii arbitrare a modificării ofertei și depunțării acesteia.

În fișa de date a achiziției era prevăzută punctarea asumării executării contractului după cum urmează:

a) 20 puncte: pentru un calendar de activități în care TFINAL asumat de ofertant este cuprins între 5 octombrie (TFINAL prevăzut în caietul de sarcini minus 60 zile) și 4 noiembrie 2023 (TFINAL prevăzut în caietul de sarcini minus 30 zile);

b) 10 puncte: pentru un calendar de activități în care TFINAL asumat de ofertant este cuprins între 5 noiembrie și 4 decembrie 2023 (între TFINAL minus 29 zile calendaristice și TFINAL).

Prin modul de redactare al algoritmului de calcul, autoritatea contractantă a ales să se raporteze la TFINAL, respectiv la data asumată de ofertant pentru predarea soluției finale, nu la o anumită durată (zile/luni) de execuție a contractului.

În propunerea sa tehnică (pct. 2.4. - Planul de realizare a contractului, fila 22/64), (...) SRL a precizat expres „TFINAL: 1 noiembrie 2023”. Mai mult, anticipând posibilitatea prelungirii perioadei de evaluare a ofertelor, a precizat expres că, indiferent de data de început a activităților, va respecta TFINAL 1 noiembrie 2023 ofertat, menționând:

Conform calendarului de activități, prezumția este că procesul de dezvoltare și de lucru propriu-zis se derulează începând cu data de 1 iunie 2023. Ofertantul va reorganiza calendarul de activități împreună cu contractorul în vederea realizării TFINAL și TVAL conform acestei propuneri în cazul în care data de începere este mai târzie de 1 iunie 2023. menținând astfel fermă propunerea referitor la datele TFINAL și TVAR definite mai sus.

La 15.05.2023, a primit din partea autorității contractante solicitarea de clarificare nr. TMI2023-313, pct. 4: „[...] vă rugăm confirmați faptul că TFINAL ofertat, respectiv data limită la care va fi predată soluția finală ofertată este data de 31.10.2023.”, la care a răspuns: „Confirmăm faptul că TFINAL ofertat este conform calendarului de activități, cu data de început 02.06.2023, calendar care este parte din propunerea tehnică și anexă aferentă, anume ultimele activități de acceptanță și monitorizare având loc în data de 31.10.2023, urmate apoi de perioada de garanție și mentenanță TFINAL = 31.10.2023.”

Ulterior, la 15.07.2023, au fost publicate în SEAP actele contestate, unde, din explicațiile autorității contractante cu privire la punctajul acordat la factorul de evaluare graficul de activități, se arată că a fi primit 10 puncte, corespunzătoare unui TFINAL ofertat cuprins între 5 noiembrie și 4 decembrie 2023 (între TFINAL minus 29 zile calendaristice și TFINAL), autoritatea decalând TFINAL ofertat. Aceasta a modificat TFINAL ofertat din 31.10.2023, precizat atât în propunerea tehnică, cât și în răspunsul la clarificări, într-un TFINAL ulterior datei de 5 noiembrie 2023. În motivarea acestei decalări, autoritatea a apreciat că, la data când a efectuat decalarea (15.07.2023), termenul de început al activităților estimat inițial (02.06.2023) ar fi fost depășit.

De principiu, o autoritate nu poate modifica oferta asumată de un ofertant fără acceptul expres al acestuia. Nici chiar erorile aritmetice și viciile de formă nu pot fi îndreptate/corectate/ modificate din oficiu de către autoritate, fiind necesar acordul ofertantului.

Decizia autorității contractante este nelegală și pentru că nu a fost evaluată oferta în integralitate. În cadrul propunerii tehnice, la pct. 2.4. - Planul de realizare a contractului, a precizat expres că, indiferent de data de început a activităților, va respecta TFINAL 1 noiembrie 2023 ofertat. Autoritatea a ignorat pct. 2.4., în care ofertantul și-a asumat că va

reorganiza calendarul de activități împreună cu contractorul în vederea realizării TFINAL și TVAL conform acestei propuneri în cazul în care data de începere este mai târzie de 1 iunie 2023, menținând fermă propunerea TFINAL (01.11.2023).

Mai mult, la întrebarea autorității contractante dacă se confirmă menținerea TFINAL ofertat data de 31.10.2023, răspunsul este neechivoc ultimele activități de acceptanță și monitorizare având loc la data de 31.10.2023, urmate de perioada de garanție și mentenanță.

La momentul răspunsului din 17.05.2023, data estimată de începere a activităților era încă fezabilă. Prin urmare, sub nicio formă nu se poate reține aprecierea autorității contractante potrivit căreia a „condiționat” TFINAL de o dată de început, mai cu seamă că ofertantul, inclusiv în propunerea tehnică a precizat că va adapta calendarul, indiferent de data de începere activității, cu menținerea fermă a TFINAL ofertat.

Autoritatea nu și-a respectat propriul algoritm de punctare, conform căruia trebuia să puncteze data-limită de predare a soluției finale (TFINAL), nu o perioadă de timp sau o dată de început a activităților. Așadar, singurul aspect care contează pentru intimată este termenul de predare efectivă, data de început a activității sau durata de execuție nefiind relevante, câtă vreme ofertanții își asumă un TFINAL.

Prin actele contestate, autoritatea modifică în mod inadmisibil algoritmul de calcul, prin luarea în considerare a unor elemente (data de început a activităților/perioadă) neprecizate în documentația de atribuire.

În lipsa unei cereri clarificatoare, autoritatea a încălcat principiul proporționalității și acela al bunei administrări.

În punctul său de vedere nr. TM12023-002396/27.06.2023 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 34720/28.06.2023, autoritatea contractantă susține în apărare că a respectat atât legislația, cât și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, contestatoarea ne prezentând mijloace de probă în susținerea temeiniciei demersului său.

Contestatoarea își exprimă nemulțumirea cu privire la neacordarea punctajului maxim (20 de puncte) la evaluarea tehnică și la modificarea algoritmului și a ofertei. Contrar susținerilor acesteia, autoritatea nu a modificat oferta și nici algoritmul de calcul. Însă, unui comitet de evaluare îi este permis să efectueze, justificat, corecții ale ofertelor prezentate.

Autoritatea a realizat verificarea riguroasă a tuturor ofertelor și a fezabilității termenelor finale înscrise în ofertă, fără să modifice criteriul unic de atribuire stabilit în documentația de atribuire (raportul calitate-preț). „Un comitet de evaluare trebuie să poată dispune de o anumită libertate în îndeplinirea atribuțiilor sale și, astfel, acesta poate, fără să modifice criteriile de atribuire a contractului stabilite în caietul de sarcini sau în anunțul de participare, să își structureze propria activitate de

examinare și de analiză a ofertelor prezentate” (Hotărârea din 21 iulie 2011, Evropaiki Dynamiki/EMSA, C-252/10P, EU:C:2011:512, punctul 35). Autoritatea trebuie să poată adapta metoda de evaluare pe care o va aplica (relativ la criteriile de atribuire) pentru a evalua și a clasifica ofertele în raport cu circumstanțele speței, sub rezerva că metoda de evaluare aplicată să nu aibă ca efect modificarea criteriilor de atribuire și a ponderii lor relative.

Termenul final al ofertei nu se interpretează în mod izolat, acesta necesitând a fi corelat cu perioada de debut (orice TFinal are și un TZero) și de execuție a serviciului supus achiziției, astfel încât autoritatea să analizeze sustenabilitatea și rezonabilitatea propunerii tehnice avansate de ofertant și să o puncteze în mod adecvat/ corespunzător, în funcție de algoritmul de calcul comunicat ofertanților.

Însăși contestatoarea susține că și-a asumat intenția de reorganizare a calendarului de activități împreună cu autoritatea contractantă în vederea realizării TFINAL și TVAL conform propunerii avansate (01.11.2023), în cazul în care data de începere este ulterioară datei de 01.06.2023. Este evident că propunerea avansată de contestatoare, sub aspectul perioadei de implementare a proiectului, este circumscrisă avantajului real amintit la art. 32 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Comisia de evaluare a stabilit punctajul corespunzător propunerii tehnice la 10 puncte. Același punctaj a fost aplicat și ofertantului declarat câștigător, fiind respectate principiile egalității, proporționalității și concurenței reale între competitorii economici, autoritatea acordând, pentru fiecare ofertă în parte, un punctaj rezultat ca urmare a aplicării algoritmului de calcul stabilit în documentația de atribuire, fiind stabilit clasamentul ofertelor prin ordonarea descrescătoare a punctajelor, astfel că oferta declarată câștigătoare a fost cea situată pe primul loc, cu cel mai mare punctaj,

Nu poate lua în considerare data-limită de predare a soluției finale (TFINAL) ca fiind 31.10.2023, menționată în calendarul de activități și confirmată prin răspunsul la clarificări prezentat în data de 17.05.2023, întrucât acest termen este condiționat de data de începere a activităților, data prevăzută în mod speculativ și prezumtiv de către contestatoare a avea loc la 02.06.2023. Având în vedere că, la 02.06.2023, achiziția era încă în desfășurare, iar algoritmul de punctare prevede încadrarea calendarului de activități în intervalul TZero (data contractării) și TFinal (data-limită la care trebuie predată soluția finală, prognozată pentru 4 decembrie 2023, care include și formalitățile de recepție și de acceptare a facturii la plată, în funcție de calendarul de activități ofertat), comisia de evaluare a considerat în mod corect că, prin stabilirea unilaterală a datei de 02.06.2023 ca fiind echivalentul TZero, predarea soluției finale se va decala, astfel încât termenul de predare a soluției finale urmând să aibă loc într-un termen cuprins între TFINAL minus 29 zile calendaristice

și TFINAL conform lit. b) din algoritmul de punctare stabilit în documentația de atribuire. Astfel, a respectat principiul tratamentului egal.

A stabilit punctajele competitorilor în limitele algoritmului/ formulei de calcul din documentația de atribuire, uzând de marja de apreciere ce o avea la dispoziție.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, forul administrativ de jurisdicție reține că, prin anunțul de participare nr. CN1052054, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 16.02.2023, autoritatea contractantă (...) a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de servicii de creare a infrastructurii de identitate digitală pentru informarea și consultarea cetățenilor în relația cu administrația locală printr-un portal unic de interacțiune și formarea ulterioară a grupului țintă (proiect SMIS 154615 - „Simplificarea procesului participativ și decizional în relația cu cetățenii, prin digitalizarea integrată și eficientizarea administrației publice la nivelul Primăriei Municipiului Timișoara”), estimate valoric la 2.244.360 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 16.02.2023, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură au fost primite patru oferte, între care și a (...) SRL, care a fost clasată pe locul secund, cu 84,03 puncte, iar câștigătoare a fost desemnată oferta asocierii (...) SRL - (...), cu 90 de puncte. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, (...) SRL a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze. Cauțiunea aferentă, în valoare de 44.888 lei, a fost constituită prin recipisa de consemnare nr. 209262754/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Brașov, la data de 26.06.2023, cu mențiunea „pe seama și la dispoziția Consiliului Local al Municipiului Timișoara”. Văzând această mențiune, în condițiile în care cauțiunea trebuia a fi la dispoziția organului jurisdicțional, acesta a cerut revizuirea recipisei, în termen de trei zile, prin adresa nr. 35272/1741/C7/30.06.2023, solicitare la care s-a conformat, prezentând o nouă recipisă de consemnare, pentru aceeași sumă, având nr. 209281850/1, emisă de CEC Bank SA, Sucursala Brașov, la data de 03.07.2023, în care se consemnează expres că este „pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor”.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamantă, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (inclusiv avizul consiliului tehnico-economic), formularele necesare și modelul contractului de servicii, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici

participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru Sigma Rom Construct SRL (relevantă, în acest sens, este, de pildă, decizia civilă nr. 2799 din 19 decembrie 2022 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust de926443g). La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016 (a se vedea, cu titlu de exemplu, decizia civilă nr. 77 din 7 februarie 2023 a Curții de Apel Galați, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 39g63373e). *„Conținutul documentației de atribuire, astfel cum a fost întocmită de entitatea contractantă, este obligatoriu atât pentru agenții economici participanți la procedură, care au obligația de a elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru entitatea contractantă, aceasta fiind obligată ca, în desfășurarea procedurii de achiziție, să respecte atât legislația aplicabilă în domeniu, cât și propria sa documentație de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de părțile implicate în derularea procesului competitiv.”* – sentința civilă nr. 113/CA din 11 septembrie 2020 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 672e8757.

În concluzie, documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (elocvente în acest sens sunt, de pildă, decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 4d27ede4, decizia nr. 916/CA/2019-R din 8 noiembrie 2019 a Curții de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 7g222g79, și decizia nr. 610 din 6 octombrie 2020 a Curții de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 6e77d24g). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele (a se vedea decizia civilă nr. 107 din 15 ianuarie 2021 a Curții de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, cod ReJust 2724gd82).

Cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea

ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă (în această direcție s-au pronunțat, de pildă, Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 45 din 12 ianuarie 2023, cod ReJust 39gd8e778, Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 1589 din 12 august 2021, cod ReJust 736ee28e, în decizia nr. 1405 din 17 iunie 2021, cod ReJust 28993ed2, în decizia nr. 1754 din 8 octombrie 2020, cod ReJust 845de6d9, și în decizia civilă nr. 1417 din 9 septembrie 2020, cod ReJust gg2g5696, și Curtea de Apel Brașov, Secția de contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 468/R din 16 mai 2017, cod ReJust 8988379e). Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora (Curtea de Apel București, Secția a IX-a de contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 828 din 1 aprilie 2021, cod ReJust 65ed4d74, și decizia civilă nr. 517 din 4 martie 2021, cod ReJust 65459455, și Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal, decizia civilă nr. 2507 din 21 decembrie 2016, cod ReJust 27494445).

În jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. La punctul 34 din Hotărârea din 13 iulie 2017, Ingsteel și Metrostav (C-76/16, EU:C:2017:549), Curtea a reamintit că „principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și normal de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză (Hotărârea din 2 iunie 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 36, precum și jurisprudența citată)”.

În cazul în care, în cadrul unei proceduri de „cerere de ofertă”, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate de altfel să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de

tratament între ofertanți (Ordonanța președintelui Tribunalului Uniunii Europene din 4 decembrie 2014, Vanbreda Risk & Benefits/Comisia, T-199/14 R, EU:T:2014:1024, punctul 96, și Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, punctul 80). Și autorităților contractante le revine obligația de a garanta aplicarea dreptului Uniunii cu ocazia adoptării deciziilor lor și de a lăsa neaplicate, dacă este necesar, dispozițiile naționale care ar contraveni celor ale dreptului Uniunii care au efect direct (a se vedea, în acest sens, Hotărârea din 22 iunie 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, punctele 30-33, Hotărârea din 14 octombrie 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, punctele 61 și 63, Hotărârea din 4 decembrie 2018, Minister for Justice and Equality și Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, punctele 36 și 38, precum și Hotărârea din 21 ianuarie 2020, Banco de Santander, C-274/14, EU:C:2020:17, punctul 78).

Depășind această succintă introducere de subliniere a importanței conformării întru totul la regulile impuse de autoritate în documentația de atribuire, conformare ce reprezintă regula în sistemul de atribuire a contractelor de achiziție publică, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării a fost stabilit de autoritate prin raportul procedurii de atribuire nr. TMI2023-1707/15.06.2023, rezultat comunicat competitorilor în aceeași zi. La 22.06.2023 (potrivit AWB-ului companiei de curierat) și la 23.06.2023 (potrivit corespondenței e-mail), (...) SRL a reacționat prin formularea contestației la Consiliu și la autoritatea achizitoare, în interiorul termenului legal de contestare.

Disputa procesuală de față are la origine punctajul acordat de autoritatea achizitoare ofertantei la factorul de evaluare „Calendarul de activități”, al cărui algoritm de calcul regăsit în fișa de date, la finalul caietului de sarcini și în secțiunea specifică a anunțului de participare a fost următorul:

Algoritm de calcul: a) Pentru calendarul de activități care se va încadra într-un termen cuprins între TFINAL minus 60 zile calendaristice și TFINAL minus 30 zile calendaristice, se va acorda punctajul maxim alocat factorului de evaluare, respectiv 20 puncte; b) Pentru calendarul de activități care se va încadra într-un termen cuprins între TFINAL minus 29 zile calendaristice și TFINAL, se acorda 10 puncte; c) Pentru calendarul de activități care va fi mai mic decât TFINAL minus 61 zile calendaristice, oferta nu se punctează suplimentar. În cazul în care se prezintă un Calendar de activități care depășește termenul aferent TFINAL, oferta va fi declarată neconforma.

Niciuna dintre părțile litigante nu tăgăduiește că TFINAL constituie data-limită la care trebuie predată soluția finală, prognozată pentru 4 decembrie 2023, care include și formalitățile de recepție și de acceptare a facturii la plată, în funcție de calendarul de activități ofertat (pag. 4 din caietul de sarcini). Pe baza acestui parametru (TFINAL) și a datelor concrete asumate în oferte urmau a se calcula punctajele ofertanților la factorul antemenționat.

În propunerea sa tehnică, la pct. 2.4. – „Planul de realizare a contractului”, pag. 22, (...) SRL a indicat timpii de realizare a etapelor contractului, inclusiv „TFINAL: 1 noiembrie 2023”, cu adăugirea:

Conform calendarului de activități, prezumția este că procesul de dezvoltare și de lucru propriu-zis se derulează începând cu data de 1 iunie 2023. Ofertantul va reorganiza calendarul de activități împreună cu contractorul în vederea realizării TFINAL și TVAL conform acestei propuneri în cazul în care data de începere este mai târzie de 1 iunie 2023. menținând astfel fermă propunerea referitor la datele TFINAL și TVAR definite mai sus.

La 15.05.2023, a primit din partea autorității contractante o solicitare de clarificare: „[...] vă rugăm confirmați faptul că TFINAL ofertat, respectiv data limită la care va fi predată soluția finală ofertată este data de 31.10.2023.”, la care a răspuns: „Confirmăm faptul că TFINAL ofertat este conform calendarului de activități, cu data de început 02.06.2023, calendar care este parte din propunerea tehnică și anexă aferentă, anume ultimele activități de acceptanță și monitorizare având loc în data de 31.10.2023, urmate apoi de perioada de garanție și mentenanță TFINAL = 31.10.2023.”

Trecând peste nesuprapunerea dintre „TFINAL: 1 noiembrie 2023” și „TFINAL = 31.10.2023”, lipsită de relevanță sub aspectul punctajului, întrucât ambele se încadrează în marja celor 20 de puncte, potrivit algoritmului precitat, autoritatea achizitoare a decis că nu poate lua în considerare TFINAL 31.10.2023, întrucât este condiționat de data de începere a activităților, stabilită nerealist de ofertant pentru 02.06.2023. Având în vedere că, la 02.06.2023, achiziția era încă în desfășurare, comisia de evaluare a considerat că predarea soluției finale se va decala, „termenul de predare a soluției finale urmând să aibă loc într-un termen cuprins între TFINAL minus 29 zile calendaristice și TFINAL conform lit. b) din algoritmul de punctare stabilit în documentația de atribuire”.

O asemenea conduită/abordare din partea comisiei de evaluare nu are niciun suport legal, vatămă ofertantul și nu poate fi validată de către organul de control jurisdicțional.

Art. 124 alin. (1) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, statuează expres că oferta are caracter obligatoriu, *din punctul de vedere al conținutului*, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant. Acest caracter obligatoriu este opozabil nu doar ofertantului, ci și autorității achizitoare, în speță Municipiului Timișoara, care nu poate interveni unilateral asupra conținutului ofertei [fără acceptul celui de la care provine, ținut, de asemenea, de caracterul irevocabil al ofertei – art. 1.191 alin. (1) C. civ., aplicabil în temeiul art. 231 din Legea nr. 98/ 2016 – „În măsura în care prezenta lege nu prevede altfel, sunt aplicabile dispozițiile dreptului comun.”]. Mai mult, nici măcar acesta din urmă nu poate opera schimbări în cuprinsul ofertei, din oficiu sau chiar la cererea autorității, sub sancțiunea respingerii ei, cu

amendamentele limitative recunoscute de legislație (abateri tehnice, vicii de formă, erori aritmetice).

Pe de altă parte, principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și ofertant (a se vedea, de exemplu, Curtea de la Luxemburg, Hotărârea din 14 septembrie 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, EU:C:2017:685). Aceeași hotărâre cuprinde și opinia că autoritatea nu poate solicita lămuriri ofertantului a cărei ofertă o apreciază ca fiind imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, opinie pe care o întâlnim și în Hotărârea din 4 mai 2017, Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10, EU:C:2012:191, și în Hotărârea din 5 decembrie 2013, Nordecon și Ramboll Eesti, C-561/12, EU:C:2013:793.

Ofertantul este acela care determină conținutul ofertei sale, nu autoritatea achizitoare [*mutatis mutandis*, art. 1.188 alin. (2) C. civ.].

Raportat la cadrul legal evocat, Consiliul stabilește că Municipiului Timișoara, prin comisia evaluatorie, trebuia să aplice în mod corespunzător algoritmul de calcul în funcție de parametrul TFINAL declarat și asumat prin semnătură în ofertă de către (...) SRL, pentru respectarea căruia răspunde juridic.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod nelegal autoritatea a aplicat algoritmul de calcul al factorului de evaluare „Calendarul de activități” la un parametru TFINAL care nu se regăsește în oferta (...) SRL, obiecțiunile contestatoarei privind nelegalitatea punctării ofertei vădindu-se a fi fondate. În baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația (...) SRL nr. 393/ 21.06.2023, în contradictoriu cu (...), va anula raportul procedurii de atribuire nr. TMI2023-1707/15.06.2023 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. TMI2023-1709/ 15.06.2023, toate în partea care privește punctarea ofertei contestatoarei la factorul de evaluare amintit. Totodată, va obliga autoritatea contractantă la repunctarea amintitei oferte, precum și la emiterea unui nou act de evaluare a ei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. În baza aceluiași temei legal, va obliga autoritatea să comunice celor doi ofertanți admiși rezultatul reieșit din repunctarea ofertei contestatoarei, cu respectarea legislației aplicabile.

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 26 alin. (2) partea introductivă din legea remediilor și art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților]. Cu privire la aspectele care nu au

format obiectul contestației, răspunderea juridică pentru declararea câștigătoare a unei anumite oferte revine autorității contractante, ținută de lege să verifice și să stabilească modul de îndeplinire de către ofertant/ofertă a tuturor cerințelor de calificare și specificațiilor tehnice stabilite în documentația de atribuire.

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

Admite contestația (...) SRL nr. 393/ 21.06.2023, în contradictoriu cu (...), și anulează raportul procedurii de atribuire nr. TMI2023-1707/15.06.2023 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. TMI2023-1709/ 15.06.2023, toate în partea care privește punctarea ofertei contestatoarei la factorul de evaluare „Calendarul de activități”. Obligă autoritatea contractantă la repunctarea acestei oferte, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației privind achizițiile publice, în termen de cel mult douăsprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După repunctarea ofertei și aprobarea raportului procedurii, autoritatea va comunica ofertanților admiși rezultatul procedurii, potrivit legislației aplicabile.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile.