

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. 436/C9/170

Data: 21.02.2024

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 4212/23.01.2024, depusă de SRL, cu sediul în-..., județul, având CUI și număr de înregistrare în Registrul Comerțului, reprezentată prin, administrator, și, convențional, prin SCA, cu sediul în-....., județul, sediu procesual ales, privind procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare Stații de Autobuz în cadrul proiectului Smart City - Echipamente și Sisteme inteligente de management urban care vizează implementarea infrastructurii Tic în Orașul, județul, cod CPV 34928000-8 - Mobilier rutier (Rev.2), de ORAȘUL, cu sediul în, județul, în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea raportului procedurii și a proceselor-verbale de evaluare, în ceea ce privește decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de SRL (necomunicată) și decizia autorității contractante prin care oferta SRL a fost declarată neconformă și inacceptabilă (necomunicată); anularea tuturor actelor autorității contractante întocmite subsecvent; obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertei sale și pe cea depusă de SRL, stabilirea și comunicarea unui nou rezultat al procedurii, precum și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire ca urmare a reevaluării, cu luarea în considerare a motivelor prezentate în contestație și potrivit legislației aplicabile; obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate prin formularea contestației.

Prin cererea de intervenție înregistrată la Consiliu cu nr. /, depusă de SRL, cu sediul în, județul, având CUI și număr de înregistrare în Registrul Comerțului ..., reprezentată prin, administrator, și, convențional, prin Cabinet, cu sediul în, județul, ... (.....), intervenienta a solicitat admiterea cererii, astfel cum a fost formulată și motivată, respingerea,

pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar pe fond, ca neîntemeiată și lipsită de fundament legal, a contestației formulată de SRL în ceea ce privește oferta sa, precum și cu privire la pretinsa nelegalitate a evaluării ofertei acesteia, menținerea, ca temeinice și legale, a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de litigiu din speță.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale și de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de SRL, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea afirmă că, pornind de la cerințele stabilite prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă a evaluat în mod incorect oferta desemnată câștigătoare, considerând în mod neîntemeiat că aceasta nu ar conține un preț neobișnuit de scăzut. Astfel, apreciază că autoritatea contractantă ar fi trebuit să declare această ofertă ca neconformă.

Invocând și citând prevederile art. 210, art. 215 din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 136 din HG nr. 395/2016, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă nu a solicitat clarificări cu privire la prețul neobișnuit de scăzut al ofertei depuse de SRL în etapa evaluării propunerilor financiare, dar în mod cert ar fi trebuit să o facă.

În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv.

Or, în speță, din analiza raportului procedurii și a informațiilor și documentelor care i-au fost puse la dispoziție de autoritatea contractantă rezultă că, deși a constatat faptul că oferta depusă de SRL cuprinde un preț neobișnuit de scăzut, în mod total inexplicabil și nelegal, autoritatea contractantă a ales să nu ceară explicații/clarificări cu privire la prețul neobișnuit de scăzut.

Procedând de o asemenea manieră, este clar că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 136 HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 210 și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă avea obligația de a efectua verificări suplimentare sau, în caz contrar, de a declara oferta SRL neconformă, în raport de dispozițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

În aceste condiții, contestatoarea arată că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile care îi revin potrivit art. 209 și art. 210 din Legea nr. 98/2016, precum și art. 136 din HG nr. 395/2016 și, în consecință, a declarat în mod nelegal conformă oferta depusă de SRL.

Apreciază contestatoarea că autoritatea contractantă avea obligația respingerii acestei oferte, ca neconformă, potrivit art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Cu atât mai mult cu cât prețul propus de SRL reprezintă doar 63,47% din prețul estimat al contractului de achiziție ce urmează să fie atribuit se impunea ca autoritatea contractantă să solicite clarificări și să lămurească prețul neobișnuit de scăzut.

Contestatoarea precizează că nu doar nu i s-au solicitat clarificări ofertantului declarat câștigător, dar autoritatea contractantă nici nu a motivat în vreun fel avantajele ofertei câștigătoare.

De asemenea, verificarea propunerilor financiare trebuie să se realizeze cu respectarea principiului tratamentului egal, prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și cu respectarea principiului eficienței utilizării fondurilor publice, comisia de evaluare exercitându-și rolul activ în verificarea prețurilor ofertate.

În același sens este și speța *Národná dialnicná spoicnost' a.s.*, unde Curtea a decis că art. 55 din Directiva 2004/18/CE se opune poziției unei autorități contractante care ar considera că nu îi revine obligația de a solicita candidatului să clarifice un preț anormal de scăzut.

În aceste condiții, contestatoarea solicită admiterea contestației și anularea rezultatului procedurii în ceea ce privește atribuirea contractului de achiziție sectorială către ofertantul SRL.

În continuare, contestatoarea susține că autoritatea contractantă a respins în mod greșit oferta sa ca neconformă.

În primul rând, invocă faptul că nu a fost motivat rezultatul procedurii, ceea ce are ca efect sancțiunea anulării, în parte, a raportului nr. 708/16.01.2024.

Astfel, arată că unica comunicare a rezultatului procedurii s-a făcut prin raportul procedurii nr. 708/16.01.2024, din cuprinsul căruia a luat la cunoștință că oferta sa a fost considerată neconformă și inacceptabilă, redând în acest sens motivarea autorității contractante.

Contestatoarea precizează că nu există o motivare propriu-zisă a deciziei, autoritatea contractantă citând doar texte legale care ar putea determina excluderea unui ofertant, fără a proceda la o încadrare a situației de fapt în temeiurile legale.

Or, obligația motivării actului administrativ nu este o simplă formalitate. Citând prevederile art. 215 din Legea nr. 98/2016, contestatoarea menționează că rigoarea motivării urmărește o dublă finalitate, în primul rând, o funcție de transparență în profitul beneficiarilor actului, care vor putea, astfel, să verifice dacă actul este sau nu întemeiat, iar, în secundar, permite instanței să realizeze controlul său jurisdicțional, lipsa motivării neputând fi complinită ulterior.

Nemotivarea excluderii este de natură să-i producă o vătămare întrucât obstrucționează posibilitatea de a contesta în mod eficient decizia autorității contractante, în lipsa prezentării rațiunilor care au fundamentat-o, iar unica sancțiune în măsură a remedia această vătămare este anularea actului administrativ emis cu încălcarea legii.

Contestatoarea susține că, în urma solicitării documentelor procedurii, a luat la cunoștință și de conținutul raportului nr. 21042/21.12.2023 privind conformitatea propunerilor tehnice (raport ce nu se comunică ofertanților) și a dedus, în mod parțial, un argument de fapt ce a stat la baza deciziei autorității contractante.

Ca o primă observație, semnalează că unul dintre motivele concrete descrise de către autoritatea contractantă se referă la faptul că nu a ar fi prezentat modalitatea de expediere și transport a produselor, respectiv documentele ce vor fi furnizate autorității contractante, deși nu i s-au solicitat clarificări cu privire la acest aspect, observând din același raport intermediar că au existat ofertanți cărora le-a solicitat să clarifice acest aspect.

Citând solicitarea de clarificări nr. 20253/11.12.2023 a comisiei de evaluare și răspunsul său la aceasta, contestatoarea susține că a atașat, fără a aduce nicio modificare ofertei inițiale, scrisoarea de distribuitor oficial - SC SRL.

Autoritatea contractantă nu a ținut cont de răspunsurile oferite de societatea sa prin răspunsul la clarificări și a luat o decizie nelegală și netemeinică.

Contestatoarea arată că, prin solicitarea de clarificări autoritatea contractantă i-a solicitat expres să probeze îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini cu privire la produsele oferite, lucru pe care l-a făcut, dar autoritatea a ignorat pur și simplu răspunsurile sale.

De asemenea, autoritatea contractantă nu i-a solicitat clarificări cu privire la modalitatea de expediere și transport al produselor și nici nu i-a solicitat documentele ce vor fi furnizate autorității contractante, alegând pur și simplu să o excludă din procedură, în loc să solicite clarificări cu privire la aceste aspecte, cum prevede art. 134 din HG nr. 395/2016, pe care îl citează.

Nu putea să rețină neconcludența răspunsului său la clarificări prin respingerea ofertei, cu atât mai mult cu cât nu a indicat, în concret, care sunt elementele avute în vedere în aprecierea sa.

Din exprimarea extrem de lacunară a autorității contractante se deduce că o potențială problemă ar fi existența unei imagini (cu titlu exemplificativ) care nu redă în integralitate elementele ce se regăsesc însă în fișa tehnică a produsului, fișă ce face însă parte din ofertă.

Subliniază contestatoarea încă o dată că a aflat de aceste motive ale autorității contractante, pentru care s-a considerat că oferta sa nu îndeplinește cerințele din documentație, doar la momentul solicitării accesului la dosarul procedurii, lecturând procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini, și după caz, cu factorii de evaluare nr. 21042/21.12.2023, deși motivele declarării neconformității ofertei sale trebuiau să fie clare și evidente din cuprinsul raportului procedurii.

Astfel, autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligația prevăzută la art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu i-a prezentat în mod complet și concret motivele avute în vedere la luarea deciziei de respingere a ofertei, ca neconformă.

Contestatoarea arată că se impune a se reține incidența jurisprudenței instanțelor Uniunii Europe, care arată că principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite. Astfel, în măsura în care autoritatea contractantă avea neclarități cu privire la modalitatea de transport și cu privire la documentele ce vor fi furnizate autorității contractante, trebuia și era obligată să formuleze o solicitare de clarificare în acest sens.

Consideră contestatoarea că autoritatea contractantă trebuia să dea dovadă de o minimă diligentă și să parcurgă în integralitate explicațiile și documentele depuse de societatea sa prin răspunsul la solicitarea de clarificări. Doar în aceste circumstanțe s-ar putea reține o conformare la principiul proporționalității măsurii dispuse.

Contestatoarea susține că respingerea ofertei sale ca neconformă, prin ignorarea răspunsului la solicitarea de clarificări, în condițiile în care a respectat cerințele documentației de atribuire, reprezintă un abuz de drept din partea autorității, ducând la ideea că ceea ce aceasta a urmărit în realitate nu a fost să se asigure ca oferta depusă de societatea sa este conformă, ci să găsească un motiv pentru a o respinge.

Așadar, în mod nelegal, autoritatea contractantă a considerat că oferta sa nu satisface cerințele din documentația de atribuire, considerând că autoritatea contractantă putea cel mult să rețină că oferta prezintă anumite vicii de formă, acestea neprezentând motive concrete care să conducă la respingerea oferta, ca neconformă, în acest sens, fiind dispozițiile legale ale art. 134 alin. (7) și alin. (8) din HG nr. 395/2016, pe care le citează.

Invocând și citând prevederile art. 49, art. 209 din Legea nr. 98/2016, precum și practica de la nivel european, respectiv hotărârea din 10.12.2009, a Tribunalului de Primă, cauza T- 195/08, ...

împotriva CE, pct. 56 și 57, Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, pct. 37 și 38 și Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60, contestatoarea solicită să se constate că oferta sa este conformă.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile legale la care a făcut referire în cuprinsul contestației.

Prin adresa nr. 1546/29.01.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 5718/30.01.2024, ORAȘUL transmite punctul său de vedere, prin care solicită respingerea contestației, ca nefondată.

Autoritatea contractantă susține că, în mod greșit, contestatoarea invocă neconformitatea ofertei depuse de SRL (desemnată câștigătoare) din cauza prețului neobișnuit de scăzut, arătând că oferta este conformă și respectă cerințele art. 210 din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 136 din HG 395/2016.

Astfel, precizează că membrii comisiei de evaluarea au constatat că prețul ofertat de SRL este sub limita de 80% din valoarea estimată a contractului, fiind un preț aparent neobișnuit de scăzut, drept pentru care s-a transmis ofertantului adresa nr. 21212/ 27.12.2023, prin care i s-au solicitat să prezinte explicații și dovezi, cu indicarea exactă și în totalitate în cadrul solicitării de clarificări a cerințelor art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, nelăsând așadar nicio ambiguitate în privința a ceea ce dorește să clarifice.

De asemenea, autoritatea contractantă arată că ofertantul SRL a transmis în termen răspunsul la clarificări nr. 77/05.01.2024, însoțit de anexele sale, clarificări detaliate pe un număr de 28 de pagini.

Concret, în răspunsul la clarificarea prețului, ofertantul a prezentat declarația sa că oferta nu se încadrează în prevederile art. 137 lit. g) din HG nr. 395/2016, că își asumă responsabilitatea pentru menținerea prețului pe toată durata de executare a contractului, faptul că nu beneficiază de ajutor de stat și, de asemenea, își prezintă transparența în caz de solicitare în privința stocurilor, nivelului de salarizare, al performanței echipamentelor și dotărilor utilizate la nivelul companiei sale.

Totodată, la răspunsul său, ofertantul SRL a atașat mai multe anexe, respectiv:

- Detalierea activităților privind formarea prețului;
- Centralizator justificare și formare preț;
- Ofertă furnizor produs (stație autobuz);
- Ofertă furnizor servicii transport internațional produs;
- Centralizator preț montaj;
- Listă cantități lucrări pe categorii de lucrări;
- Listă de consumuri resurse materiale;
- Lista consumuri mână de lucru;
- Listă consumuri ore de funcționare utilaje;
- Listă consumuri privind transporturile.

Autoritatea contractantă susține că, în urma parcurgerii etapei clarificării prevăzute de art. 210 de Legea nr. 98/2016, s-a constatat că oferta financiară a lui SRL, chiar la cotație de 63,47% din prețul estimat al prețului contractului, se bazează pe dovezi care justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului, astfel încât oferta transmisă era doar în aparență neobișnuit de scăzută.

Față de acestea, comisia de evaluare a procedat în mod corect și a declarat oferta SRL ca fiind acceptabilă, conformă și admisibilă, prin raportare la prețul cel mai scăzut ofertat, unicul criteriu de atribuire indicat în cadrul procedurii.

Totodată, autoritatea contractantă precizează că, în mod nefondat, susține contestatoarea că respingerea ofertei sale, ca neconformă, ar fi nelegală - datorită unei lipse de motivare/comunicare a respingerii, precum și greșită - având în vedere faptul că nu i s-a solicitat clarificări sau nu le-ar fi analizat/înțeles pe cele transmise de contestatoare.

Autoritatea contractantă precizează că a respectat prevederile art. 215 alin. (2), lit. b) din Legea nr. 98/2016 și a transmis contestatoarei SRL comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 732/16.01.2024, prin intermediul SEAP, dar se pare că ofertanta contestatoare nu a avut bunăvoință de a o deschide.

Mai susține autoritatea contractantă faptul că a întocmit toate procesele-verbale de etapă (conform tipului de procedură și modului de desfășurare (online) - Anexa-1, Anexa-3, Anexa-4 și Anexa-6), inclusiv raportul procedurii (Anexa-5) cu respectarea în totalitate a Ordinului Președintelui ANAP nr. 1170/18 august 2021, inserând captura din procedura online, din care se observă comunicarea în mod separat și expres al respingerii ofertei SRL (pe lângă comunicările efectuate celorlalți ofertanți cu ofertele respinse).

În cadrul comunicării nr. 732/16.01.2024 sunt expuse pe larg motivele de fapt și de drept - în cele 5 pagini ale comunicării, care au dus la declararea ofertei contestatoarei ca neconformă și inacceptabilă și, față de toate acestea, se observă că rezultatul procedurii, și în mod expres respingerea ofertei contestatoarei, este motivată și comunicată acesteia.

De asemenea, din parcurgerea acestei comunicări nr. 732/16.01.2024, precum și din celelalte acte ale procedurii, se observă că în mod corect a reținut comisia de evaluare faptul că oferta SRL nu corespunde în totalitate cerințelor caietului de sarcini.

Mai exact, inițial prin raportul expertului cooptat pentru evaluarea tehnică nr. 20246/11.12.2023 și prin procesul-verbal intermediar de evaluare tehnică nr. 20247/11.12.2023 se observă că în privința ofertei contestatoarei s-a apreciat că sunt necesare clarificări.

Autoritatea contractantă arată că a transmis solicitarea de clarificări nr. 20253/11.12.2023, cu trei clarificări concrete solicitate, iar ofertantul SRL a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări nr.

20632/14.12.2023 din care la două din cele trei clarificări solicitate (respectiv la coșul de gunoi rabatabil și la afișajul sau ecranul de afișare al stației de autobuz) a răspuns astfel:

- a menționat întâi că "imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ";
- a reluat apoi descrierea produselor în cauză din caietul de sarcini;
- și în final a adăugat că produsul furnizat va fi personalizat de furnizorul său în funcție de solicitări, astfel că, în final produsul furnizat va respecta caracteristicile din fișa tehnică.

La acest răspuns de clarificări a atașat numai o scrisoare de la furnizorul său în care confirma că ofertantul este distribuitor oficial în România.

Autoritatea contractantă susține că membrii comisiei de evaluare au analizat acest răspuns și nu l-au apreciat ca fiind concludent, prezentând pe scurt concluzia comisiei de evaluare:

-Oferta este formală (atâta timp cât afirmă că este cu titlu informativ) și că

-elementele esențiale ale propunerii tehnice nu pot fi verificate din perspectiva realității și sustenabilității (atâta timp cât produsul oferat nu este în mod real și definitiv asumat, ci el urmează a fi personalizat și urmează a respecta caracteristicile tehnice).

Autoritatea contractantă precizează că membrii comisiei de evaluare au luat în calcul faptul că fișa tehnică (tabelul comparativ) prezentat în cadrul propunerii tehnice este mai mult un copy paste a informațiilor din cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă având obligația de a lua în considerare faptul că de fapt anexa fișei tehnice înaintate de ofertant ar sta la baza ofertei depuse (ar fi produsul pe care acesta îl furnizează), întrucât acesta a prezentat imagini care să demonstreze comisiei îndeplinirea tuturor cerințelor tehnice solicitate, document care nu a solicitat a fi prezentat prin documentația de atribuire. Despre această anexă a fișei tehnice - imaginea (subînțeleasa de comisie ca ofertă însăși) s-a precizat apoi în clarificări că este doar cu titlu informativ.

În privința criticii potrivit căreia nu i s-ar fi solicitat clarificări referitoare la modalitatea de expediere și transport al produselor și la documentele ce vor fi furnizate autorității în legătură cu produsul, autoritatea contractantă arată că și aceasta este nefondată.

Astfel, în etapa de analiză a clarificărilor transmise ofertantului, atunci când a avut ocazia să își precizeze și explice produsele ofertei sale, contestatoarea a ales doar să prezinte informații pur formale, fără să vină cu detalii concrete în privința produsului, fără să arate cum le va expedia, cum le va transporta, fără să arate ce documente le însoțesc, fără să asume furnizarea unor produse anume/concrete și în consecință fără să detalieze expedierea și transportul lor și fără să prezinte

documentele ce vor fi furnizate autorității contractante în legătură cu produsele sale.

Astfel, comisia de evaluare, în urma reevaluării propunerii sale tehnice, ca urmare a răspunsului la clarificări, a constatat în mod corect faptul că ofertantul nu a prezentat modalitatea de expediere și transport și nici documentele ce vor fi furnizate autorității contractante în legătură cu produsul.

Oricum, atâta timp cât prin contestația sa ofertantul nu a susținut niciunde și în nici un fel faptul că oferta sa financiară (care nu a mai ajuns să fie deschisă și evaluată) ar fi mai mică decât oferta câștigătoare de 584.000 lei a ofertantului SRL, despre care, după eliminarea criticii de la punctul unu al contestației, se va reține că este conformă și acceptabilă (cum a reținut-o și comisia de evaluare) se va observa că devine inutil să se mai analize și să se mai declare caracterul conform și acceptabil al ofertei tehnice a contestatoarei. O astfel de analiză devine lipsită de un interes procedural, înțeles în sensul art. 33 din Codul de procedură civilă - ca fiind un interes legitim practic și actual. Dacă oferta financiară a contestatoarei nu este mai mică decât oferta câștigătoare (și rezultă că nu este, în condițiile în care a reclamat oferta câștigătoare tocmai pe motivul aparenței unui preț neobișnuit de scăzut), atunci nu îi aduce niciun folos practic contestatoarei declararea ofertei sale tehnice fiind conformă și acceptabilă.

Pentru toate aceste considerente, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației cu menținerea rezultatului procedurii astfel cum a fost stabilit de comisia de evaluare.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr./....., ... SRL a transmis cerere de intervenție în interesul autorității contractante, solicitând admiterea ei astfel cum a fost formulată și motivată, respingerea, pe cale de excepție, ca inadmisibilă, iar pe fond, ca neîntemeiată și lipsită de fundament legal, a contestației formulate de SRL în ceea ce privește oferta sa, precum și cu privire la pretinsa nelegalitate a evaluării ofertei acesteia, menținerea, ca temeinice și legale a tuturor actelor emise de autoritatea contractantă cu ocazia evaluării ofertelor și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecata ocazionate de litigiu din speță.

Prin adresa nr. 1598/30.01.2024, înregistrată la Consiliu sub nr. 7477/06.02.2024, ORAȘUL a depus, pe suport electronic (CD), dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 7811/07.02.2024, ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere al autorității contractante și la cererea de intervenție, dovada cheltuielilor ocazionate cu soluționarea contestației, respectiv factura BBR-3350 din data de 23-01-2024, cu suma de 9.475,83 lei.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 9608/15.02.2024, intervenienta a depus concluzii scrise, reiterând solicitările din cuprinsul cererii sale de intervenție.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului având ca obiect furnizare Stații de Autobuz în cadrul proiectului Smart City - Echipamente și Sisteme inteligente de management urban care vizează implementarea infrastructurii Tic în Orașul, județul, cod CPV 34928000-8 - Mobilier rutier (Rev.2), ORAȘUL, în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1133189/18.10.2023. Din informațiile anunțului amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de furnizare care se atribuie este de 920.000,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este prețul cel mai scăzut, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 31.10.2023, ora 15:00.

Nemulțumită fiind de decizia autorității contractante de respingere a ofertei sale și de declarare admisibilă și câștigătoare a ofertei depuse de SRL, ... SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 18.400,00 lei, conform art. 611 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 209905520/1, eliberată de CEC BANK - Sucursala, la data de 19.01.2024.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind declarată câștigătoare, prin raportul procedurii de atribuire nr. 708/16.01.2024, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante. Intervenția formulată în cauză este în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acesteia având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire. Intervenția a fost formulată în termenul legal de 10 zile, dat fiind că în SEAP contestația a fost publicată la data de 22.01.2024 și intervenția a fost transmisă prin e-mail la data de

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că, prin aceasta, sunt formulate critici împotriva deciziei de desemnare câștigătoare a ofertei SRL și deciziei de respingere a ofertei contestatoarei.

În privința ofertei câștigătoare, s-a susținut că, deși prețul său reprezintă 63,47% din valoarea estimată, autoritatea contractantă nu a solicitat justificarea prețului, conform prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și 136 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă a explicat că a solicitat clarificări societății câștigătoare prin adresa nr. 21212/27.12.2023, iar prin răspunsul transmis nr. 77/05.01.2024, a fost justificat prețul oferat.

În privința ofertei sale, petenta a susținut că autoritatea contractantă nu i-a comunicat motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, iar vizavi de concluziile comisiei de evaluare din raportul procedurii, menționează că au în vedere un aspect referitor la care nu s-au solicitat clarificări.

Analizând materialul probator, Consiliul constată că, potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 708/16.01.2024, oferta SRL a fost declarată câștigătoare, oferta CRUCIAL SYSTEMS & SERVICES SRLs-a clasat pe locul II și oferta SCOPE SYSTEMS SRL s-a clasat pe locul III.

În ceea ce privește oferta contestatoarei s-a menționat că aceasta este neconformă și inacceptabilă, având în vedere neîndeplinirea în totalitate a cerințelor solicitate prin fișa de date și caietul de sarcini.

Ținând seama de faptul că, în cadrul procedurii, au fost declarate admisibile trei oferte, aspect cunoscut contestatoarei din raportul procedurii de atribuire, însă acesta a criticat doar oferta câștigătoare, fără a critica celelalte două oferte admisibile, iar oferta sa a fost respinsă, Consiliul va analiza prioritar situația ofertantei, pentru a putea stabili interesul acestei în criticarea ofertei câștigătoare.

Astfel, se reține că, în procesul-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare, nr. 21042/21.12.2023, pentru cerința: Expediere și transport: Expedierea produselor este în sarcina furnizorului, potrivit condițiilor de livrare. Transportul se va face cu mijloacele de transport ale furnizorului sau închiriate de acesta, autorizate pentru transportul fiecărui tip de produs. Transportul va fi însoțit de delegat din partea furnizorului, s-a menționat: *Nu a fost prezentată Expedierea și transportul produselor, s-a considerat că **cerința minimă este neîndeplinită**.*

De asemenea, pentru cerința: Documentații ce trebuie furnizate Autorității/entității contractante în legătură cu produsul Documentațiile pe care Contractantul trebuie să le livreze, în limba română sau traduse, autorității contractante în cadrul contractului sunt: (...), s-a menționat: *Nu au fost prezentate documentele ce se vor livra, **cerință minimă neîndeplinită**.*

În cadrul procesului-verbal amintit, s-au menționat, totodată, următoarele:

S-a solicitat clarificări cu adresa nr. 20253 din 11.12.2023

b) Vă solicităm să menționați cum anume este îndeplinită următoarea cerință solicitată de autoritatea contractantă.

"1 buc coș de gunoi **rabatabil** realizat din otel vopsit în câmp electrostatic (certificare EN ISO 12944), RAL 9006 și/sau 6024, cu dimensiunea de L 730 x 1 300 x h 908 mm", având în vedere faptul că la pag. 4 a fișierului „Propunerea tehnică_semnat”, în cadrul designului stației propuse de dumneavoastră, se prezintă un coș de gunoi **nerabatabil**;

c) Vă solicităm să menționați unde anume este îndeplinită următoarea cerință solicitată de autoritatea contractantă: - afișaj informare călători – 1 buc ecran Display Outdoor 22", cu dimensiuni minime (573 mm x 342 mm poziționată deasupra băncilor -1 buc ecran pentru afișaj tip caseta luminoasă cu film interschimbabil cu dimensiuni minime (1200 mm x 700 mm) montată pe lateralul stației, fiind iluminat cu module waterproof LED, având în vedere faptul că la pag. 4 a fișierului „Propunerea tehnică_semnat”, în cadrul designului stației propuse de dumneavoastră, **nu se pot monta aceste 2 dotări solicitate.**

S-a răspuns în termen, în data de 14.12.2023 cu adresa/FD, acesta transmitând: - Imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ. Conform fișei tehnice F5 coșul de gunoi va fi rabatabil din inox vopsit de dimensiunile solicitate. SC este distribuitor oficial pentru Adlis Smart Israel în România, pentru fiecare comandă produsul este personalizat în funcție de solicitări, astfel ca produsul final va respecta caracteristicile din fișa tehnică.

- Imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ.

Conform fișei tehnice F5 va fi montat 1 buc ecran Display Outdoor 22" cu dimensiunile declarate 573 x 342 mm afișaj informare călători deasupra băncilor și 1 buc ecran de tip caseta luminoasă cu film interschimbabil cu dimensiuni de 1200 x 700 mm iluminat cu modul LED waterproof montat pe lateralul stației. Poziția dreaptă sau stângă va fi stabilită împreună cu autoritatea contractantă în funcție de locul de poziționare al stației. În completare structura stației permite modificări asupra poziționării fiecărui element care intră în componența acesteia. SC este distribuitor oficial pentru Adlis Smart Israel în România, pentru fiecare comandă produsul este personalizat în funcție de solicitări, astfel că produsul final va respecta caracteristicile din fișa tehnică.

S-a concluzionat:

În urma evaluării răspunsului la solicitarea de clarificări transmisă de ofertantul S.R.L. în termenul solicitat semnate cu semnătură electronică, bazată pe un certificat digital emis de un furnizor acreditat, comisia de evaluare a concluzionat faptul că oferta este NECONFORMĂ și INACCEPTABILĂ din următoarele motive:

Răspunsurile la clarificare nu pot fi reținute ca fiind relevante în declararea că fiind ofertă acceptabilă, atâta vreme cât oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel caracteristicile solicitate nu sunt elemente pur formale ale ofertei, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii tehnice a căror realitate și sustenabilitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

A fost alegera ofertantului modul de ofertare și modul în care să justifice cele solicitate de autoritatea contractantă, astfel cum a fost mai sus reținut, iar acest aspect nu poate fi imputat autorității contractante.

Ca urmare, elaborarea propunerii tehnice în conformitate cu cerințele documentației de atribuire reprezintă o condiție de formă a ofertei conform prevederilor art. 133, alin. 2 din H.G. 395/2016: Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

1. La solicitarea b) Ofertantul a menționat prin răspunsul transmis, faptul că: „Imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ. Conform fișei tehnice F5 coșul de gunoi va fi rabatabil din inox vopsit de dimensiunile solicitate. SC este distribuitor oficial pentru Adlis Smart Israel în România, pentru fiecare comandă produsul este personalizat în funcție de solicitări, astfel ca produsul final va respecta caracteristicile din fișa tehnică.”

2. La solicitarea b) Ofertantul a menționat prin răspunsul transmis, faptul că: „Imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ. Conform fișei tehnice F5 va fi montat 1 buc ecran Display Outdoor 22" cu dimensiunile declarate 573 x 342 mm afișaj informare călători deasupra băncilor și 1 buc ecran de tip caseta luminoasă cu film interschimbabil cu dimensiuni de 1200 x 700 mm iluminat cu modul LED waterproof montat pe lateralul stației. Poziția dreaptă sau stângă va fi stabilită împreună cu autoritatea contractantă în funcție de locul de poziționare al stației. În completare structura stației permite modificări asupra

poziționării fiecărui element care intra în componenta acesteia. SC este distribuitor oficial pentru Adlis Smart Israel în România, pentru fiecare comandă produsul este personalizat în funcție de solicitări, astfel ca produsul final va respecta caracteristicile din fișa tehnică."

Răspuns neconcludent - ofertantul tratând cu superficialitate documentația depusă de autoritatea contractantă cât și solicitarea de clarificări, întrucât cerințele impuse de autoritatea contractantă nu sunt cerințe pur formale, aceste cerințe sunt solicitate pentru a putea verifica faptul ca ofertanții au înțeles solicitările autorității contractante.

În urma analizei FISE TEHNICE prezentate în cadrul propunerii tehnice (pag. 1-3) și numerotarea propunerii tehnice, rezultă în mod clar și fără echivoc faptul că la pag. 4 a fișierului „Propunerea tehnică semnat”, se afla cu număr de pagină 3, anexa fișei tehnice înaintate de ofertant.

În cadrul unei oferte se prezintă doar produse oferite, nu produse cu caracter informativ, întrucât autoritatea contractantă este obligată să considere că descrierea din cadrul fișei tehnice este cu titlu informativ.

Totodată în urma reevaluării propunerii tehnice ca urmare a răspunsului transmis se constată faptul că ofertantul nu a prezentat modalitatea de Expediere și transport a produselor și nici documentele ce vor fi furnizate autorității contractante, de unde rezultă în mod clar și fără echivoc faptul că nu sunt respectate cerințele impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, cerințe solicitate pentru a putea verifica faptul că ofertanții au înțeles solicitările autorității contractante cu privire la:

- cantități;
- termene de livrare;
- locuri de livrare;
- modalitatea de livrare (de unde rezultă apariția unor costuri neprevăzute pentru autoritate);
- garanții.

Față de cele de mai sus, urmând a se pronunța asupra criticilor din contestație, Consiliul ia act de faptul că o primă critică privește încălcarea dispozițiilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 potrivit căreia în cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale.

În analiza sa, Consiliul reține că societatea contestatoare recunoaște că, în urma solicitării sale, i-a fost transmis procesul-verbal nr. 21042/ 21.12.2023 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare.

Acest aspect rezultă inclusiv din adresa nr. 1050/19.01.2024 a Orașului care face referire la documentele transmise către contestatoare între care este amintit și procesul-verbal nr. 21042/ 21.12.2023.

Astfel fiind, se poate concluziona că, deși din raportul procedurii nu rezultă motivul respingerii ofertei, astfel cum a susținut și contestatoarea, această omisiune a fost acoperită ulterior prin transmiterea procesului-verbal nr. 21042/21.12.2023, în care sunt detaliate motivele respingerii ofertei.

De altfel, se poate observa, din motivarea contestației, că aceste motive nu îi erau străine contestatoarei, fiind și redată în conținutul acțiunii.

Apreciind că lipsa motivării corespunzătoare a motivelor de respingere a ofertei a fost acoperită anterior depunerii contestației și nu

a împiedicat-o să critice în mod complet decizia achizitoare de respingere a ofertei sale, criticile se consideră a fi neîntemeiate. Nu s-ar justifica o măsură de obligare a autorității contractante la transmiterea unei noi comunicări având un conținut deja cunoscut petentei.

În plus, la dosarul cauzei, autoritatea contractantă a depus comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 732/16.01.2024 transmisă SRL, cuprinzând toate motivele de respingere redactate în procesul-verbal nr. 21042/21.12.2023, și dovada publicării acesteia în SEAP, la data de 16.01.2024.

Trecând mai departe la analiza motivelor de respingere a ofertei, se reține că, într-adevăr, achizitoarea reține că ofertanta *nu a prezentat modalitatea de Expediere și transport a produselor și nici documentele ce vor fi furnizate autorității contractante*, însă nu a solicitat clarificări vizavi de acest aspect, deși au fost adresate clarificări lămuritoare în privința altor elemente ale propunerii tehnice, și nici nu a fost indicat vreun motiv pentru care nu au fost clarificate aspectele amintite.

Astfel fiind, față de acest motiv de respingere, sunt întemeiate criticile contestatoarei.

Vizavi de răspunsul la clarificări considerat neconcludent, în punctul său de vedere, autoritatea contractantă a specificat următoarele: Ofertantul SRL a transmis Răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 20632/14.12.2023 din care la două din cele trei clarificări solicitate (respectiv la coșul de gunoi rabatabil și la afisajul și ecranul de afișare al stației de autobuz) a răspuns astfel: A menționat întâi că "imaginea de la pagina 4 din propunerea tehnică este cu titlu informativ; A reluat apoi descrierea produselor în cauză din caietul de sarcini; Și în final a adăugat că produsul furnizat va fi personalizat de furnizorul sau în funcție de solicitări, astfel că în final produsul furnizat va respecta caracteristicile din fișa tehnică.

La acest răspuns de clarificări a atașat numai o scrisoare de la furnizorul sau în care confirmă că ofertantul este distribuitor oficial în România.

Comisia de evaluare a analizat acest răspuns și nu l-a apreciat ca fiind concludent, argumentând această apreciere a sa.

Pe scurt aratăm aici concluzia comisiei de evaluare:

Oferta: este formală (atâta timp cât afirmă că este cu titlu informativ) și ca elementele esențiale ale propunerii tehnice nu pot fi verificate din perspectiva realității și sustenabilității (atâta timp cât produsul oferit nu este în mod real și definitiv asumat, ci el urmează a fi personalizat și urmează a respecta caracteristicile tehnice).

A luat comisia în calcul faptul că fișa tehnică (tabelul comparativ) prezentat în cadrul propunerii tehnice este mai mult un copy paste al informațiilor din cadrul caietului de sarcini, autoritatea contractantă avea obligația de a lua în considerare faptul că de fapt anexa fișei tehnice înaintată de ofertant ar sta la baza ofertei depuse (ar fi produsul pe care acesta îl furnizează), întrucât acesta a prezentat imagini care să demonstreze comisiei îndeplinirea tuturor cerințelor tehnice solicitate, document pe care autoritatea contractantă nu a solicitat a fi prezentat prin documentația de atribuire. Dar despre aceasta

anexa a fisei tehnice - imaginea (subinteleasa de comisie ca oferta insasi) a precizat apoi in clarificări ca este doar cu titlu informativ!!

Se reține că, în caietul de sarcini, la specificații tehnice, s-a solicitat, între altele:

- afișaj informare călători – 1 buc ecran Display Outdoor 22" , cu dimensiuni minime (573 mm x 342 mm poziționată deasupra băncilor);
- 1 buc ecran pentru afișaj tip caseta luminoasă cu film interschimbabil cu dimensiuni minime (1200 mm x 700 mm) montată pe lateralul stației;
- 1 buc coș de gunoi rabatabil realizat din oțel vopsit în câmp electrostatic (certificare EN ISO 12944), RAL 9006 și/sau 6024, cu dimensiunea de L 730 x 1 300 x h 908 mm: (...).

Analizând propunerea tehnică a contestatoarei, se constată că, astfel cum a reținut și achizițtoarea, a fost prezentată o fișă tehnică în care au fost reluate specificațiile tehnice din caietul de sarcini și a fost anexată o imagine a unui produs, în mod corect, considerat ca fiind produsul oferit, câtă vreme a fost cuprins în cadrul propunerii tehnice. Era îndreptățită comisia de evaluare să aibă o astfel de apreciere, ținând seama de prevederile art. 133 alin. (2) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 potrivit cărora *Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.*

De asemenea, se observă continuarea corectă a evaluării ofertei vizavi de neconcordanțele constatate în sensul solicitării de clarificări punctuale, cu respectarea prevederilor art. 134 alin. (1) – (3) din normele amintite.

Vizavi de răspunsul ofertantei, singura măsură la îndemână achizițtoarei era cea de apreciere a acestuia ca fiind neconcludent, având în vedere că operatorul economic nu a demonstrat că a oferit un produs care respectă cerințele impuse în documentație. Dimpotrivă, din explicațiile aduse, cu ușurință se poate observa că nu a fost oferit un produs conform, ci un produs cu titlu informativ, urmând ca, ulterior, acesta să fie personalizat raportat la ceea ce s-a cerut.

Or, legislația în materia achizițiilor publice obligă operatorii economici să își întocmească oferta cu respectarea întocmai a cerințelor din documentația de atribuire, înțelegând prin aceasta că, spre exemplu, pentru furnizarea de produse, cum este cazul în speță, produsele care urmează a fi achiziționate trebuie să fie descrise astfel încât să poată fi stabilită conformitatea acestora cu ceea ce s-a impus.

Autoritatea contractantă nu poate declara conformă o ofertă pe baza unor declarații ale operatorului economic care se obligă la a furniza, în viitor, produsele personalizate, astfel cum s-a solicitat.

De numeroase ori, instanțele de judecată au subliniat importanța respectării de către ofertanți a regulilor prestabilite în documentațiile de atribuire, fiind de amintit:

- deciziile nr. 2427 din 30 septembrie 2015 și nr. 881 din 26 mai 2016 (*particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și din partea operatorilor economici interesați să participe la respectivele proceduri, aceștia trebuind să manifeste o diligență sporită, pentru a preveni respingerea ofertei*), Curtea de Apel Ploiești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

- decizia nr. 691 din 13 iunie 2016 (*Instanța nu poate ignora disciplina căreia trebuie să i se supună operatorii economici interesați în procedura de atribuire, care trebuie să dea dovadă de diligență maximă din moment ce autoritatea contractantă trebuie să se abțină de la orice act prin care poate crea apariția unui avantaj pentru unul dintre ofertanți. Altfel spus, din moment ce toți participanții au acces la documentație și toți trebuie să respecte aceleași condiții de participare, orice derogare ar încălca principiul tratamentului egal, încurajând, totodată, neglijența sau conducând la decizii administrative arbitrare.*), Curtea de Apel Suceava, Secția de contencios administrativ și fiscal.

Raționamentul contestatoarei, bazat pe faptul că, ulterior ofertării, produsul va fi personalizat pentru a respecta cerințele minime solicitate prin documentația de atribuire nu poate fi primit, câtă vreme respectarea întocmai a specificațiilor tehnice din caietul de sarcini trebuia să se realizeze prin propunerea tehnică și lămurită, cel mult, prin răspunsurile la clarificări, ceea ce nu s-a realizat în speță.

La acest moment al stadiului în care se regăsește derularea procedurii de atribuire, respectiv etapa de comunicare a rezultatului procedurii, nu se poate accepta ofertarea unui produs pentru care nu a fost demonstrată conformitatea cu caietul de sarcini, adus la cunoștința tuturor operatorilor economici, pe considerentul că, ulterior, respectivul produs va fi configurat/personalizat pentru a respecta întocmai cerințele minime solicitate.

În raport de aspectele mai sus reținute, se constată că evaluarea realizată de membrii comisiei de evaluare respectă dispozițiile legale, neexistând motive pentru anularea documentelor întocmite.

Chiar dacă trebuiau solicitate clarificări pentru motivul de respingere legat de modalitatea de Expediere și transport a produselor și documentele ce vor fi furnizate autorității contractante, câtă vreme motivele mai sus cercetate sunt corect reținute, o măsură de reevaluare a ofertei nu se impune, caracterul neconform al ofertei SRL neputând fi modificat.

În contextul constatării legalității deciziei de respingere a ofertei contestatoarei și în contextul invocării excepțiilor inadmisibilității și lipsei de interes de către intervenientă și autoritatea contractantă, Consiliul va analiza interesul SRL în a critica decizia de desemnare câștigătoare a ofertei câștigătoare depuse de SRL.

Se reține că, prin contestație, s-au formulat critici împotriva ofertei câștigătoare, nefiind formulate critici împotriva ofertei clasate pe locul II, aparținând & SRL și ofertei SRL clasate pe locul III.

Potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.*

La art. 3 alin. (1) din lege sunt definite următoarele noțiuni:

a) *act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire; [...]*

f) *persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:*

(i) *are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; și*

(ii) *a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecință a unui act al autorității contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluționării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire”.*

Potrivit acestor dispoziții legale, calitatea procesuală activă a contestatoarei este condiționată de existența și dovedirea interesului legitim în legătură cu procedură de atribuire în cauză.

De asemenea, Codul de procedură civilă, care reprezintă dreptul comun în privința litigiilor supuse Legii nr. 101/2016 (a se vedea art. 68 din această lege), stabilește, la art. 32 alin. (1) lit. d) și art. 33, că orice cerere poate fi formulată și susținută numai dacă autorul acesteia justifică un interes, care trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut și actual.

Hotărând că, legal, oferta contestatoarei, în acest caz, nu va putea fi declarată câștigătoare, este subînțeles că aceasta nu a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu, ca o consecință a actului autorității contractante de calificare și de declarare câștigătoare a unei alte oferte.

Or, față de situația faptică a prezentei spețe, este evident că, prin contestarea ofertei câștigătoare, nu preîntâmpină suferirea vreunui prejudiciu (necâștigarea contractului de achiziție publică), de vreme ce, chiar și în condițiile în care ar fi anulată decizia autorității contractante de stabilire câștigătoare a ofertei amintite, în competiție ar mai rămâne două oferte admisibile și necriticate de contestatoare depuse de & SRL și ofertei SRL. Astfel, contestatoarea nu ar putea justifica demersul său pe apărarea unui interes aparținând altui ofertant, contracandidat al său.

În concluzie, Consiliul constată că, în condițiile constatării legalității deciziei de respingere a oferte sale, atacarea doar a ofertei desemnată câștigătoare, *fără a fi criticate și ofertele de pe locurile II și III*, reprezintă o acțiune fără interes.

În susținerea celor evocate, Consiliul reține, în soluționare, faptul că, în hotărârea Curții de Justiție a Comunităților Europene din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect o cerere de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt (Austria), în procedura Werner Hackermüller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED), s-a precizat că art. 1 alin. (3) din Directiva 89/665 nu se opune ca respectivele căi de atac să fie disponibile pentru persoanele care doresc **să obțină un anumit contract public numai dacă au fost sau riscă să fie lezate de încălcarea pe care o invocă**. Articolul precizat permite statelor membre să îngrădească din două considerente dreptul de acces la procedurile privind căile de atac în legătură cu atribuirea de contracte de achiziții publice: pe de o parte, prin necesitatea existenței unui interes al reclamantului pentru contractul de achiziții publice în cauză, iar pe de altă parte, prin necesitatea ca reclamantul să fi fost lezat, respectiv să existe riscul de a fi lezat.

În ceea ce privește criticile aduse ofertantei desemnate câștigătoare, Consiliul reține că, în conformitate cu hotărârea CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, petenta, în calitatea sa de ofertant exclus, care a formulat o cale de atac împotriva adresei de excludere a ofertei sale și a raportului procedurii, are interesul să solicite *excluderea ofertei ofertantului câștigător*, deoarece noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, eventuala **inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice**.

S-au avut în vedere considerentele hotărârii CJUE în cauza C-131/16, Archus și Gama, potrivit cărora:

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie

prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări

(JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în acest sens Hotărârea

din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, Hotărârea

din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27, precum și

Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische*

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C- 355/15, EU:C:2016:988,

punctul 29), indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. **Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul** (a se vedea

Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 27).

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*

(C- 689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în

cauza principală.

54 Astfel, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice în care au fost depuse două oferte și în care autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt, instanța de trimitere este sesizată de ofertantul respins cu o cale de atac îndreptată împotriva acestor două decizii. În cadrul acestei căi de atac, ofertantul respins invocă excluderea ofertei ofertantului câștigător pentru lipsa conformității acesteia cu specificațiile caietului de sarcini.

55 Într-o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac

trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în

acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448,

punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13,

EU:C:2016:199, punctul 24).

56 Această interpretare este confirmată de dispozițiile articolului 2a alineatele (1) și (2) din Directiva 92/13, care prevăd expres un drept la o cale de atac al ofertanților care nu au fost excluși definitiv, în special împotriva deciziilor de atribuire a contractelor de achiziții publice adoptate de entitățile contractante.

(...)

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să

fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza

principală – în care, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, au fost prezentate două oferte, iar autoritatea contractantă a adoptat două decizii simultane, de respingere a ofertei unuia dintre ofertanți și, respectiv, de atribuire a contractului în favoarea celuilalt –, ofertantul exclus, care formulează o cale de atac împotriva acestor două decizii, trebuie să poată solicita excluderea ofertei ofertantului câștigător, astfel încât noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, **eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.**

De asemenea, sunt relevante cele reținute în Hotărârea CJUE în cauza C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*:

27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013,

Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant

care a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui contract de achiziții

publice printr- o decizie a autorității contractante care a rămas definitivă și

care, prin urmare, nu este un ofertant interesat în sensul articolului 2a din această directivă să îi fie refuzat accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

28 În această privință, trebuie amintit că, potrivit dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665, pentru a putea fi considerate efective, căile de atac împotriva deciziilor luate de o autoritate contractantă trebuie să fie accesibile cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui

anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr- o

presupusă încălcare (Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13,

EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), constituia o

concretizare a cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în

care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care urmăresc excluderea lor reciprocă.

Astfel, într-o asemenea situație, fiecare dintre cei doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

30 Cu toate acestea, situația în discuție în cauza principală se distinge foarte clar de situațiile în discuție în cele două cauze în care au fost pronunțate

Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea

din 5 aprilie 2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199).

31 Pe de o parte, ofertele depuse de ofertanții interesați în cauzele în care au fost pronunțate acele două hotărâri nu făcuseră obiectul unei decizii de excludere a autorității contractante, spre deosebire de oferta depusă de grup în cauza principală.

32 Pe de altă parte, în aceste două cauze, fiecare ofertant contesta legalitatea ofertei celuilalt în cadrul uneia și al celeiași proceduri a căii de atac referitoare la decizia de atribuire a contractului, fiecare având un interes legitim ca oferta celuilalt să fie exclusă, iar aceste contestații puteau să conducă la constatarea imposibilității autorității contractante de a selecta o ofertă legală (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb,

C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, și Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE,

C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb, în prezenta cauză

principală, grupul a formulat o cale de atac mai întâi împotriva deciziei de excludere adoptate în privința sa, iar ulterior împotriva deciziei de atribuire a contractului, această a doua procedură fiind cea în cadrul căreia a invocat neregularitatea ofertei adjudecatului.

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și din Hotărârea din 5 aprilie

2016, PFE (C- 689/13, EU:C:2016:199), nu este aplicabil situației procedurale

și contencioase în discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, **oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la soluționarea acestei contestații, deciziile ulterioare care i-ar aduce prejudicii în ipoteza în care excluderea sa ar fi anulată.**

35 În aceste condiții, articolul 1 alineatul (3) din această directivă nu poate fi interpretat în sensul că se opune ca unui ofertant cum este grupul să îi fie refuzat accesul la calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului, în cazul în care acesta trebuie să fie considerat ofertant exclus definitiv în înțelesul articolului 2a alineatul (2) al doilea paragraf din această directivă.

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie interpretat în sensul că nu se opune ca unui ofertant care

a fost exclus dintr- o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice

printr- o decizie rămasă definitivă a autorității contractante să îi fie refuzat

accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice în cauză și împotriva încheierii contractului, atunci când numai ofertantul exclus și adjudecatorul acestui contract au depus oferte, iar ofertantul menționat susține că oferta acestui adjudecator ar fi trebuit să fie de asemenea respinsă.

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației față de solicitările în referire la oferta câștigătoare, trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei, iar interesul se verifică la momentul soluționării contestației în fața Consiliului.

Astfel, pe de o parte, cum s-a arătat mai sus, autoritatea contractantă a luat decizia de respingere a ofertei SRL. Societatea contestatoare a criticat prin contestație decizia de respingere a ofertei sale și de atribuire a contractului, urmărind eliminarea din competiție a contraofertantei sale.

Totodată, față de cele de mai sus, se constată că în mod corect a fost respinsă oferta contestatoarei. Or, dacă s-ar analiza criticile aduse

ofertantei câștigătoare și s-ar constata temeinicia lor, petenta *nu va obține niciun folos*, în procedură rămânând în continuare *încă două oferte admisibile*, care nu au fost criticate în prezenta cauză.

Așadar, respingerea ofertei câștigătoare nu va produce niciun folos contestatoarei, neputându-se decide în cauză anularea procedurii și inițierea unei alte proceduri.

Cauzele CJUE citate acordă un drept ofertantului respins de a critica simultan decizia de respingere a ofertei sale și decizia de desemnare a câștigătorului în situația în care sunt depuse *două oferte în procedură*, considerându-se că, dacă se constată legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, dar și nelegalitatea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, petenta are în continuare un interes rezultat din *anularea procedurii și inițierea unei noi proceduri*.

Or, în speță, suntem în situația în care sunt *trei oferte admisibile*, iar acest interes nu mai subzistă, întrucât s-a constatat legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, iar aceasta nu a criticat *și ofertele admisibile clasate pe locurile II și III*, pentru a obține o eventuală anulare a procedurii, ci doar oferta câștigătoare. Prin urmare, în procedură rămâne încă două oferte admisibile, care nu au fost criticate, decizia de declarare a acestora admisibile nefiind atacată.

Potrivit unei jurisprudențe constante a Tribunalului Uniunii Europene, respectiv Curții de Justiție a Uniunii Europene, o acțiune în anulare introdusă de o persoană fizică sau juridică nu este admisibilă decât în măsura în care această persoană are un interes să obțină anularea actului atacat (Hotărârea Tribunalului din 28 septembrie 2004, MCI/Comisia, T-310/00). Un astfel de interes presupune ca anularea actului atacat să poată avea, în sine, consecințe juridice (Hotărârea Tribunalului din 14 septembrie 1995, Antillean Rice Mills și alții/Comisia, T-408/93 și T-483/93) și ca acțiunea să poată astfel aduce, prin rezultatul său, un beneficiu părții care a introdus-o (Hotărârea Curții din 25 iulie 2002, Union de Pequenos Agricultores/Consiliul, C-50/00 P).

În raport de cele arătate, Consiliul reține că analizarea conformității ofertei câștigătoare nu se fundamentează pe un interes al petentei în sensul celor mai sus arătate, astfel că aceasta din urmă nu poate fi considerată "persoană vătămată" de decizia autorității contractante de a declara conformă oferta concurentă. În acest sens, devine lipsită de interes și solicitarea de punere la dispoziție a unor documente privind oferta câștigătoare.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei SRL și reevaluarea acesteia și, ca lipsit de interes, capătul de cerere privind anularea deciziei autorității contractante de desemnare câștigătoare a ofertei SRL și reevaluarea acestei oferte.

Fiind respinsă contestația, nefiind constatată culpa autorității contractante, în temeiul art. 26 alin. (9) din lege, va fi respinsă solicitarea contestatoarei privind obligarea acesteia la plata cheltuielilor de judecată.

Fiind respinsă contestația, pentru motivele mai sus arătate, va fi admisă cererea de intervenție.

Va fi respinsă solicitarea intervenientei privind obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de demersul judiciar, nefiind depuse dovezi în acest sens.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondat, capătul de cerere privind anularea deciziei autorității contractante de respingere a ofertei SRL și reevaluarea acesteia și, ca lipsit de interes, capătul de cerere privind anularea deciziei autorității contractante de desemnare câștigătoare a ofertei SRL și reevaluarea acestei oferte, din contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu Orașul

Respinge solicitarea contestatoarei privind obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SRL și o admite.

Respinge solicitarea intervenientei privind obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de demersul judiciar.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei 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, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

..

.....