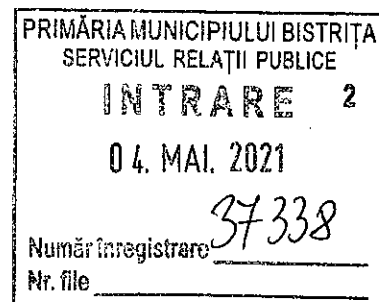


ROMÂNIA

CURTEA DE APEL CLUJ
SECȚIA A III-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

Dosar nr. 161/33/2021

DECIZIA CIVILĂ NR. 383/2021
Ședința publică din 25 martie 2021
Completul compus din:
PREȘEDINTE Luminița-Maria Firicel
Judecător Antoniu Simon
Judecător Florin Cătălin Jacotă
Grefier Victoria Dăncilă



Pe rol judecarea cauzei în contencios administrativ și fiscal privind plângerea formulată de petenta EURO-AUDIT SERVICE SRL, împotriva Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19.02.2021, cauza privind și pe intimatele ELBA COM SA și MUNICIPIUL BISTRIȚA, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice - contestație atribuire.

La apelul nominal făcut în cauză s-a prezentat pentru petentă avocat Irina Nedelcu, lipsă fiind intimatii.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință care învederează instanței următoarele: procedura de citare este legal îndeplinită; plângerea este scutită de plata taxei judiciare de timbru; părțile au solicitat judecarea cauzei în lipsă; s-a atașat documentația care a stat la baza emiterii deciziei contestate; în data de 08.03.2021 s-a înregistrat la dosar întâmpinare din partea intimatului Municipiul Bistrița; de asemenea, în data de 09.03.2021 petenta a depus la dosar dovezile privind comunicarea plângerii cu intimatele; la data de 23.03.2021 intimata Elba Com SA, a depus la dosar întâmpinare; iar în data de 23.03.2021 petenta a depus la dosarul cauzei note scrise.

Fiind pus în discuție aspectul referitor la competență reprezentanta petentei, apreciază că, prezenta instanță este competentă din punct de vedere general, material și teritorial în soluționarea plângerii.

Curtea își reține competența generală, materială și teritorială conform art. 32, alin.1 din Legea nr. 101/2016; se reține ca prin întâmpinările depuse nu au fost invocate excepții, nu s-au solicitat cereri în probațiune și reținând că nici petenta nu are de invocat excepții prealabile sau de formulat alte cereri în probațiune constată încheiată cercetarea judecătorească și acordă cuvântul în susținerea plângerii.

Reprezentanta petentei solicită admiterea plângerii așa cum a fost formulată, modificarea deciziei și rejudecând în fond anularea adresei privind comunicarea rezultatului procedurii, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acesteia emise de autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei Elba Com.

De asemenea, apreciază că, se impune continuarea procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice și ale dispozițiilor documentației de atribuire.

Așa cum s-a arătat în cuprinsul plângerii, decizia CNSC este nelegal, iar în reevaluarea care a urmat, anterior pronunțării deciziei, autoritatea contractantă a reevaluat oferta Elba Com, reținând că aceasta ar fi oferat un termen de intervenție de 40 de minute, ceea ce a făcut posibilă punctarea componentei tehnice a ofertei Elba Com, cu același punctaj ca cel atribuit petentei, în mod evident această decizie a autorității, este nelegală întrucât Elba Com, nu a oferat niciodată, niciunde în cuprinsul ofertei și nici în clarificări, nu a declarat și nu a fundamentat un termen de intervenție de

40 de minute, acest aspect de altfel fiind și recunoscut de către intimata Elba Com, atât în clarificări cât și mai târziu în actele procedurale depuse în prezenta cauză, unde arată că a oferat un termen de intervenție de 12 ore, un termen de intervenție semnificativ mai lung decât cel oferat de către petentă.

Autoritatea contractantă deși a reținut în cuprinsul actului administrativ contestat în primă fază că Elba Com, ar fi oferat în primă fază un termen de 12 ore, revine apoi contrazicând raționamentul inițial și arată că a reevaluarea oferta acesteia în raport de un termen de intervenție de 40 de minute, termen obținut în mod artificial, prin coroborare celor două criterii din documentația de atribuire.

Spre deosebire de oferta Elba Com, petenta a oferat și fundamentat un termen de intervenție de 40 de minute, fiind cel mai bun termen de intervenție propuse în această procedură de achiziție, aspect reținut inclusiv de Decizia nr. 1160 a Curții de Apel Cluj, la care s-a făcut referire în scris, decizia de reevaluare, prin această reevaluare oferta petentei a fost punctată maxim, fiind vorba de partea tehnică a ofertei întrucât dispozițiile documentației de atribuire se opuneau punctării similare a două oferte chiar și în situația în care acestea s-ar fi aflat în același interval, ceea ce nu s-a întâmplat în prezenta procedură.

Decizia autorității contractante încalcă dispozițiile legale în materia evaluării ofertelor, care spun foarte clar că o evaluare a unei oferte nu se poate raporta decât la elementele declarate, iar nu la elemente inexistente cum a fost cazul intimatei Elba Com.

S-au încălcat dispozițiile deciziilor de reevaluare întrucât, practic în reevaluarea efectuată de către autoritatea contractantă oferta Elba Com, a fost verificată prin prisma parametrilor declarați inițial, or, aceste aspecte încalcă limitele reevaluării care au fost dispuse în cauză.

În cauză contestația petentei a vizat strict oferta Euro Audit, în mod evident decizia CNSC pronunțată, cât și Decizia nr. 1160 a Curții de Apel Cluj, se refereau la reevaluarea ofertei Euro Audit, acesta fiind aspectul care a fost dispus în cauză și cu toate acestea autoritatea contractantă a reevaluat ambele oferte, acesta fiind un element de nelegalitate pe care clienta sa la sesizat, iar în decizia CNSC s-a reținut contrariul.

În ceea ce privește oferta Elba Com, ca urmare a evaluării ofertei Euro Audit, în urma Deciziei nr.1160, se impunea modificarea punctajului astfel cum s-a susținut întrucât numai în acest mod se putea face o aplicare coerentă și corectă a factorilor de reevaluare din documentația de atribuire.

Pentru toate motivele arătate solicita admiterea plângerii astfel cum a fost formulată cu cheltuieli de judecată conform documentelor justificative pe care le depune la dosarul cauzei.

Curtea retine cauza în pronunțare.

C U R T E A

Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 161/33/2021 la data de 04.03.2021, petenta Euro-Audit Service SRL a solicitat în contradictoriu cu intimații Municipiul Bistrița și Elba Com SA ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună modificarea Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19.02.2021 și în rejudecare, să se dispună anularea Adresei privind comunicarea rezultatului procedurii nr. 5578/22.01.2021 prin care a fost desemnată câștigătoare societatea Elba Com S.A. („Comunicarea privind rezultatul Procedurii”) și precum și a oricăror acte interne anterioare și / sau subsecvente și conexe acestora emise de către Autoritatea contractantă, în cadrul Procedurii de atribuire, cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei Elba Com; obligarea Autorității contractante la continuarea Procedurii de atribuire cu respectarea dispozițiilor legale în materia concesiunilor de lucrări și servicii, raportat la criteriile de atribuire prevăzute în cuprinsul documentației de atribuire; obligarea intimatelor la plata cheltuielilor de judecată.

La data de 14.09.2019, Autoritatea contractantă a publicat în SEAP Anunțul de concesionare nr. PC1001360 / 14.09.2019 pentru atribuirea contractului având ca obiect "Delegarea gestiunii, prin concesionare, a serviciului de iluminat public din Municipiul Bistrița și localitățile

componente". Potrivit documentației de atribuire, valoarea contractului este cuprinsă între 14.958.938,42 și 23.457.272,84 lei.

Prima contestație formulată de către Euro Audit a vizat greșita evaluare a ofertei Elba Com care, și cu acel prilej, obținuse tot maximul posibil de puncte alocate componentei tehnice. În urma evaluării inițiale, oferta Euro Audit a fost declarată acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, clasându-se pe poziția a II-a, cu un punctaj total de 97,20 puncte dintr-un total de 100 de puncte. Euro Audit a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii, criticând modalitatea de evaluare a ofertei Elba Com.

Autoritatea contractantă a dispus măsuri de remediere întrucât prin contestație a fost criticată modalitatea de evaluare a ofertei Elba Com și punctajul acesteia, este evident că măsurile de remediere dispuse reprezintă o recunoaștere implicită a faptului că punctajul maxim, acordat inițial ofertei, a fost determinat în mod greșit.

Prima Decizie CNSC respinge contestația ca rămasă fără obiect. Prin Decizia nr. 960/C3/1042/12.06.2020 ("Prima Decizie CNSC"), Consiliul a constatat că măsurile de remediere propuse concordă cu solicitarea formulată de către Euro Audit prin contestație.

În reevaluare, au fost clarificate aspecte referitoare la componenta tehnică a ofertei Euro Audit. Autoritatea contractantă a comunicat către Euro Audit o solicitare de clarificare vizând componenta tehnică a ofertei sale și fundamentarea factorilor de evaluare. Răspunsul Euro Audit la solicitarea de clarificare a fost concludent, mai exact o replică punctuală și argumentată în raport de toate aspectele pe care autoritatea a considerat necesare le clarifica.

Oferta Euro Audit, inițial declarată admisibilă, a fost respinsă ca neconformă în reevaluare.

Subsecvent reevaluării dispuse, Municipiul Bistrița a declarat oferta Euro Audit neconformă, în etapa de evaluare tehnică Autoritatea contractantă a apreciat, în mod eronat, că Euro Audit ar fi oferat un termen de deplasare, iar nu unul de remediere.

A doua contestație formulată de către Euro Audit a vizat strict modalitatea de evaluare a propriei oferte, respectiv decizia de respingere a acestei ca neconformă în urma răspunsului la clarificări împotriva Comunicării privind respingerea ofertei, Euro Audit a promovat contestație, criticând exclusiv modalitatea de reevaluare a ofertei sale (nu și oferta Elba Com), în raport de limitele investiției, CNSC era astfel ținut a se pronunța doar cu privire la critici formulate în raport de modalitatea de evaluare a ofertei Euro Audit, nefiind criticată evaluarea ofertei Elba Com.

A doua Decizie CNSC. Soluționând cea de a doua contestație formulată de către Euro Audit, prin Decizia nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020 ("A doua Decizie CNSC") / Consiliul a reținut următoarele aspecte relevante pentru dispută, vizând oferta depusă de către Euro Audit:

Față modalitatea de stabilire a grilei de punctaj (mai puțin de 12 ore - 10 puncte, între 12 și 24 de ore - 6 puncte, între 24 - 48 de ore - 2 puncte, peste 48 de ore - 0 puncte), Autoritatea contractantă a avut în vedere nu doar timpul de deplasare la intervenție, ci și durata necesară rezolvării situației semnalate; chiar modalitatea de determinare a punctajului, aleasă de către autoritatea contractantă, a lăsat la latitudinea ofertanților posibilitatea de a indica durate de remediere/intervenție diferite, în lipsa unor activități specifice (indicate expres) față de care să se evalueze realitatea termenelor propuse;

Termenul de remediere (40 de minute) include termenul de deplasare a echipei de intervenție (10 minute); nu timpul de 10 minute, de deplasare la intervenție, era de interes a fi analizat și punctat, ci timpul de remediere, adică cele 40 de minute care includ și timpul de deplasare;

În considerarea mențiunilor din raportul procedurii referitoare la punctajul primului factor de evaluare (numărul de intervenții), în cazul ofertei câștigătoare, în cuprinsul căreia se menționează că justificarea celor 35 de intervenții s-ar baza pe "numărul maxim acceptat de autoritatea contractantă", Consiliul a apreciat că se impunea a fi acceptat termenul de intervenție propus pentru cea mai scurtă intervenție posibilă.

Plângerile formulate de către Autoritatea contractantă și Elba Com împotriva celei de a doua Decizii CNSC, neîntemeiate fiind, au fost respinse în consecință. Prin Decizia civilă nr. 1160/25.09.2020 ("Decizia nr. 1160") Curtea de Apel Cluj a reținut următoarele aspecte relevante:

• Singurul aspect de neconformitate a ofertei Euro Audit care a fost reținut de către Autoritatea contractantă vizează pretinsa nerespectare, de către ofertant, a cerinței tehnice referitoare la termenul de intervenție oferat; prin urmare, motivele subsidiare de neconformitate, nefiind indicate ca motive ale respingerii ofertei, nu pot fi invocate direct în plângere;

• Euro Audit a oferat termenul de intervenție cel mai redus, respectiv 40 de minute, aspect ce rezultă atât din oferta depusă de către contestatoare cât și din răspunsurile la clarificări.

Două decizii prezintă interes practic în ceea ce privește reevaluarea. Ne referim, în mod evident, la cea de-a doua Decizie CNSC și la Decizia nr. 1160, documente care stabilesc, inter alia, limitele în care Autoritatea contractantă avea posibilitatea de a efectua reevaluarea, subsecvent admiterii celei de a doua contestații formulate de către Euro Audit precum și aspecte definitiv statuate cu privire la oferta care conține, așa cum definitiv s-a statuat, cel mai scurt termen de intervenție (oferta Euro Audit).

Așadar, din analiza deciziilor anterior indicate, se desprind următoarele concluzii:

- în reevaluare. Autoritatea contractantă avea obligația de a analiza/evalua exclusiv oferta Euro Audit, iar nu și oferta Elba Com; nici Decizia CNSC, nici Decizia nr. 1160 nu cuprind vreo indicație de reevaluare a ofertei Elba Com și nici nu ar fi avut cum având în vedere limitele investiției Consiliului, astfel cum au fost stabilite prin contestația Euro Audit;

- în privința ofertei Elba Com nu se impunea decât modificarea punctajului acordat inițial; în această etapă, Autoritatea contractantă nu avea prerogativa de a reevalua sau clarifica oferta Elba Com;

- Autoritatea contractantă ignoră în mod voit deciziile anterior pronunțate precum și propriile măsuri de remediere dispuse cu scopul de a declara câștigătoare oferta Elba Com, revenind la prima sa decizie despre care ea însăși a admis că ar fi greșită prin măsurile de remediere implementate.

Comunicarea privind rezultatul procedurii. Ulterior reevaluării, Autoritatea contractantă a comunicat Adresa nr. 5578/22.01.2021 privind rezultatul procedurii. Oferta Euro Audit, declarată acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, a obținut în reevaluare un punctaj de 96,93 puncte, clasându-se din nou pe poziția secundă. Din nou este declarată câștigătoare oferta Elba Com, fapt care a fost posibil urmare a omisiunii intenționate a autorității de a modifica punctajul factorului de evaluare 2 (timpul de intervenție), în ceea ce privește oferta Elba Com.

Din cuprinsul Comunicării privind rezultatul procedurii, rezultă că Autoritatea contractantă a reevaluat ambele oferte, dar și că, sub pretextul respectării principiilor tratamentului egal și al proporționalității, a menținut punctajul maxim acordat inițial ofertei Elba Com, în ceea ce privește factorul de evaluare 2.

A treia contestație. Euro Audit a formulat contestație împotriva Adresei nr. 5578/22.01.2021 privind rezultatul procedurii. Euro Audit a contestat modalitatea de determinare a punctajului Elba Com, reevaluarea efectuată de către Autoritatea contractantă încălcând flagrant limitele impuse și aspectele deja tranșate prin hotărâre judecătorească definitivă. Argumentele Euro Audit pot fi sintetizate astfel:

Punctajul ofertei Elba Com a fost determinat greșit; Euro Audit a oferat termenul de intervenție confirmat prin Decizia CNSC și Decizia nr. 1160); astfel, maximum de puncte prevăzut în cuprinsul FDA pentru acest factor de evaluare, deoarece documentația de atribuire exclude posibilitatea ca două oferte cu termene de intervenție diferite, chiar și dacă sunt aflate în același interval, să primească punctajul maxim;

Determinarea punctajului celor două oferte trebuie să se raporteze la temenele de intervenție declarate și fundamentate în propunerile tehnice, de către ofertanți iar nu la o interpretare extensivă, permisivă pentru Elba Com și absolut nejustificat aplicată în acest moment de către Autoritatea contractantă; aceasta nu numai că a reevaluat oferta Elba Com, contrar dispozițiilor deciziei de reevaluare, dar a și punctat-o în raport de elemente care nu au fost declarate sau fundamentate de către acest ofertant (Elba Com nu a oferat un termen de intervenție mai mic, ci exclusiv un termen de maxim 12 ore, singurul reper posibil a fi fost avut în vedere de către Autoritatea contractantă);

Elba Com nu poate efectua 35 de intervenții în 24 de ore având în vedere că termenul de intervenție oferat este de maxim 12 ore; Autoritatea contractantă a punctat maxim oferta Elba Com,

făcând abstracție de declarațiile Elba Com și ignorând un motiv flagrant de neconformitate a acestei oferte. Interpretarea părtinitoare pe care Autoritatea contractantă o aplică la evaluarea ofertei Elba Com justifică admiterea contestației cu consecința invalidării deciziei de desemnare a Elba Com drept câștigătoare a procedurii de atribuire.

Decizia CNSC atacată. Consiliul a respins contestația formulată de către Euro Audit, reținând, în esență, următoarele:

Prin cea de-a doua Decizie CNSC, Consiliul a obligat Autoritatea contractantă la a evalua oferta Euro Audit, fără a se pronunța în privința nevoii de reevaluare a ofertei Elba Com; cu toate acestea, Consiliul apreciază drept nefondată critica Euro Audit în sensul că reevaluarea ofertei Elba Com, în condițiile date, ar fi nelegală;

Prin decizia de repunere a ofertei Euro Audit în situația de a fi evaluată, procedura de atribuire a ajuns într-o etapă prealabilă stabilirii rezultatului final (aspect care, în context, nu are oricum nicio relevanță);

Autoritatea contractantă avea obligația de a aplica același algoritm de calcul ambelor oferte având în vedere că raționamentul CNSC, care a stat la baza admiterii contestației precedente, s-a bazat pe motive de fapt și de drept care au schimbat sensul atribuit de către Autoritatea contractantă metodei de punctare a ofertelor pentru subfactorul termen de intervenție de la momentul sesizării justificate;

Comisia de evaluare ar fi reținut în mod corect că ambii ofertanți au capacitatea de a asigura numărul de intervenții impus (35 în 24 de ore), iar termenul de intervenție al acestora ar fi sub 40 de minute; totuși, Consiliul ignoră faptul că documentele de ofertă ale Elba Com nu conțin nicio astfel de indicație;

Prin răspunsul la clarificări din data de 29.06.2020, Elba Com ar fi oferat, de fapt, noi termeni de remediere pentru activități de complexitate redusă, mai exact intervale între 15 și 30 de minute; termenul de intervenție de 12 ore s-ar referi la intervenții de complexitate ridicată, care ar necesita un termen de remediere mai lung; punctarea maximă a celor două oferte pentru termene de nivel comun nu ar reprezenta o vătămare adusă Euro Audit (în pofida faptului că acest ofertant nu a indicat niciodată, în documentația de ofertă depusă, un astfel de termen diferit);

Departajarea dintre cele două oferte s-ar fi realizat pe baza punctajului acordat propunerii financiare (din nou, complet nerelevant prin raportare la limitele investiției sale concrete).

Punctajul Elba Com (100 de puncte) a fost menținut în reevaluare în mod nelegal deoarece Elba Com nu a oferat termenul de intervenție cel mai scurt din procedură; dimpotrivă, Euro Audit a oferat un astfel de termen, aspect definitiv statuat prin decizia Curții de Apel.

Prin răspunsul formulat în replică față de solicitarea de clarificări, Elba Com confirmă faptul că a oferat un termen de intervenție de 12 ore, aspect reținut, de altfel, și de către Autoritatea contractantă în actele administrative care consemnează evaluarea ofertelor și rezultatul procedurii. În acest context, relevant este și faptul că Elba Com nu a contestat în niciun moment acest aspect consemnat de către Autoritatea contractantă, reiterând, de altfel, prin cererea de intervenție, faptul că a oferat un termen de intervenție de 12 ore.

Cu toate acestea, contrar celor indicate atât de către Elba Com cât și de Autoritatea contractantă, prin Decizia atacată, CNSC indică, cu titlu de element de noutate, faptul că Elba Com ar fi oferat și termene de intervenție mai reduse de 12 ore, valabile pentru intervențiile de complexitate redusă și că aceste termene ar fi fost indicate de către Elba Com în clarificări.

Aceste considerente ale Deciziei atacate, de natură să justifice menținerea actualului rezultat al Procedurii de atribuire, sunt neîntemeiate și se impune a fi cenzurate întrucât:

În clarificări Elba Com nu avea posibilitatea de a indica noi termene de intervenție deoarece ar fi echivalat cu modificarea ofertei, aspect nepermis și care era de natură să atragă respingerea ofertei ca neconformă,- din acest motiv, orice completări intervenite în etapa de clarificări, cu privire la oferta Elba Com, nu erau apte a produce efecte și fi luate în considerare de către Autoritatea contractantă și, mai departe, de către instanțele învestite a efectua controlul de legalitate; această soluție a fost consacrată frecvent în jurisprudențe instanțelor de judecată";

Clarificarea ofertei Elba Com, din perspectiva termenului de intervenție oferat, nu se putea efectua subsecvent măsurilor de remediere dispuse în procedură deoarece acestea au fost adoptate

subsecvent formulării contestației Euro Audit; Elba Com nu a contestat în niciun moment rezultatul inițial al procedurii, prin urmare, măsurile de remediere adoptate de către Autoritatea contractantă nu puteau viza oferta Elba Com;

În oferta Elba Com nu se regăsesc indicate, ca atare, termene de intervenție de 15-30 de minute, astfel cum reține CNSC în considerentele Deciziei atacate, ci doar un termen de intervenție de 12 ore, aspect indicat inclusiv în cererea de intervenție; este adevărat că și subscrisa Euro Audit a indicat în clarificări termenul de intervenție de 40 de minute, însă diferența fundamentală față de situația ofertantului Elba Com este aceea că termenul de intervenție de 40 de minute se regăsește ca atare și în oferta tehnică a subscrisei, astfel cum indică, de altfel, Decizia Curții de Apel Cluj. Prin comparație, Elba Com nu a indicat niciodată în oferta sa un termen de intervenție de 40 de minute și/sau intervalele de 15-30 de minute reținute în Decizia CNSC, ci doar un termen de 12 ore; prin urmare, orice clarificare ar fi efectuat Elba Com, în sensul indicării unor termene mai reduse decât cel al subscrisei, nu putea fi avută în vedere de către Autoritatea contractantă deoarece ar fi avut valoarea unei modificări a ofertei, aspect nepermis de legislația achizițiilor publice;

Termenul de intervenție de 40 de minute avut în vedere de către Autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei Elba Com este obținut în mod artificial din algoritmul de calcul prevăzut pentru criteriul de evaluare nr. 1. Împărțind numărul de 24 de ore la numărul maxim de intervenții declarate de către ofertant; această afirmație a subscrisei nu este nici întâmplătoare, nici neîntemeiată, întrucât din analiza ofertei Elba Com nu rezultă, spre deosebire de oferta subscrisei, decât ofertarea unui termen de 12 ore. Prin urmare, interpretarea în sensul că din algoritmul de calcul al factorului de evaluare nr. 1 poate fi extras un nou termen de intervenție (mai mic decât cel declarat și fundamentat de către Elba Com) este lipsită de orice fundament și raționament logic; aceste critici, deși au format obiectul contestației Euro Audit au fost respinse în mod neîntemeiat de către Consiliu;

Contrar celor reținute în Decizia atacată Elba Com nu putea oferta un termen de intervenție de 15-30 de minute; în condițiile în care, în evaluarea care a urmat adoptării măsurilor de remediere, oferta subscrisei fusese considerată neconformă ca urmare a reținerii unui termen de intervenție de 10 minute, este evident că, pentru identitate de rațiune, nici oferta Elba Com care propunea un termen de 15 minute nu putea fi conformă și admisibilă (cel puțin, nu cu respectarea tratamentului egal).

Prin Documentația de atribuire s-a stabilit în mod clar și neechivoc algoritmul de calcul al punctajului criteriului de evaluare 2 reprezentat de termenul de intervenție oferat de către fiecare ofertant. Fiecare ofertant a declarat în oferta sa termenul de intervenție pe care l-a considerat apt de a fi îndeplinit în ceea ce privește intervențiile pe care urma a le efectua în cadrul contractului în curs de atribuire. Euro Audit a oferat și fundamentat un termen de intervenție de 40 minute, în timp ce Elba Com a oferat un termen de intervenție de maxim 12 ore (în mod evident acest termen include 12 ore). Din perspectiva criteriului de evaluare 2 și, implicit, a algoritmului de calcul aferent acestui criteriu, situația se prezenta după cum urmează: Oferta Euro Audit care a declarat și fundamentat un termen de intervenție de 40 minute se situa în intervalul "mai puțin de 12 ore pentru care urma a fi punctată cu 10 puncte în timp ce oferta Elba Com, care declarase un termen de intervenție de maxim 12 ore se situa în intervalul "între 12 și 24 ore" care atrăgea acordarea unui punctaj inferior, respective 6 puncte;

Deși termenele de intervenție au fost clar declarate de către fiecare ofertant, Autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului Elba Com în legătura cu termenul declarat, fără absolut nici o justificare; astfel s-a ajuns la situația în care Elba Com a declarat în clarificări mai multe termene de intervenție, aspect care echivalează cu o modificare substanțială a ofertei sale și care, pe cale de consecință, a determinat o aplicare greșită a algoritmului de calcul aferent criteriului de evaluare 2, stabilit prin Documentația de atribuire. Autoritatea contractantă a aplicat dispozițiile Deciziei Curții de Apel Cluj și în ceea ce privește punctajul ofertei Elba Com, cu toate că aceasta decizie nu privea oferta Elba Com, ignorând total dispozițiile din Documentația de atribuire referitoare la criteriul de evaluare 2, anterior indicate.

Sunt încălcate limitele reevaluării statuate prin cea de a doua Decizie CNSC și prin Decizia Curții de Apel Cluj. Decizia atacată, care reține contrariul, este nelegală

Decizia atacată confirmă expres faptul că, din cuprinsul deciziei de reevaluare rezultă că disputa a fost analizată și soluționată în raport cu învestirea Consiliului (și a instanței de judecată) dar și că CNSC a obligat Autoritatea contractantă la a evalua oferta Euro Audit, fără a se pronunța asupra nevoii de reevaluare a ofertei Elba Com, întrucât disputa privea doar eronata evaluare a ofertei petentei. Cu toate acestea, contrazicându-și propriul raționament, Consiliul reține, în continuare, faptul că nu ar fi întemeiată, faptic și legal, critica vizând nelegalitatea reevaluării ofertei Elba Com.

În realitate, reevaluarea ambelor oferte, inclusiv a celei depuse de către Elba Com, nevizată de către contestația Euro Audit, încalcă flagrant limitele reevaluării, astfel cum au fost statuate în urma controlului de legalitate exercitat de către CNSC dar și de către Curtea de Apel Cluj.

Modalitatea în care Autoritatea contractantă a efectuat reevaluarea încalcă atât dispozițiile legale incidente cât și pe cele ale Deciziei HP nr. 66/2018, în considerentele căreia ICCJ reține următoarele aspecte relevante.

76. (...) nu se poate extinde procesul de reevaluare asupra celorlalte oferte declarate ca admisibile sau inadmisibile și în privința cărora raportul de evaluare nu a fost contestat, fiind contrar principiului securității juridice declararea ca neconformă sau inacceptabilă a unei oferte declarate anterior admisibilă sau invers, conduită care echivalează cu o revocare a unui act administrativ care a intrat în circuitul civil și a produs efecte juridice.(subl.ns.)

Caracterul nelegal al reevaluării efectuate de către Autoritatea contractantă se evidențiază în raport de următoarele considerente:

Există cadru legal care statuează în mod neechivoc faptul că decizia de reevaluare trebuie să indice, în mod clar și precis, limitele reevaluării, respectiv identitatea ofertelor care fac obiectul reevaluării, etapa/etapele procedurii de atribuire vizată/vizate de reevaluare și măsurile concrete pe care le va adopta autoritatea contractantă în cadrul reevaluării ; în speță, aceste limite există și ele au fost trasate prin Decizia CNSC și Decizia nr. 1160;

Nici dispozițiile Deciziei CNSC, nici dispozițiile Deciziei nr. 1160 nu permiteau reevaluarea ofertei Elba Com, având în vedere limitele învestirii Consiliului, stabilite prin contestația Euro Audit, ci numai reevaluarea ofertei Euro Audit; în ceea ce privește oferta Elba Co., Autoritatea contractantă putea și era obligată exclusiv să modifice doar punctajul acordat factorului de evaluare 2 având în vedere că Euro Audit ofertase un termen de intervenție mai mic, aspect confirmat expres prin deciziile anterior indicate; deși admite existența unor limite în ceea ce privește evaluarea generate de limitele învestirii Consiliului, în mod eronat CNSC apreciază că reevaluarea ofertei Elba Com ar fi legală;

Autorității contractante îi revenea atribuția de a reevalua strict oferta Euro Audit, din perspectiva factorului de evaluare 2, și de a o puncta în mod corespunzător (10 puncte). În egală măsură, se impunea ca Autoritatea contractantă să facă aplicarea algoritmului de calcul prevăzut în FDA pentru departajarea ofertelor care se încadrau în același interval pentru termenele de intervenție, ceea ce presupunea acordarea unui punctaj inferior ofertei Elba Com; prin urmare, elementul de departajare a ofertelor nu era punctajul componentei financiare, cum greșit reține Decizia, ci punctajul componentei tehnice a ofertei; în măsura în care Autoritatea contractantă ar fi aplicat corect criteriile de evaluare, oferta tehnică ar fi obținut punctajul maxim iar cea a Elba Com un punctaj inferior, ceea ce ar fi permis petentei să se situeze pe prima poziție a clasamentului ofertelor;

Autoritatea contractantă a încălcat principiul egalității de tratament care impune, în interpretarea dată în jurisprudența comunitară, ca "situațiile comparabile să nu fie tratate în moduri diferite iar situațiile diferite să nu fie tratate în același fel, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv". În speță, Autoritatea contractantă a aplicat un tratament preferențial și nejustificat ofertantului Elba Com, reevaluând nepermis oferta sa și acordându-i un punctaj identic cu cel al ofertei subscrisei, ceea ce a făcut posibilă, din nou, declararea ofertei Elba Com drept câștigătoare a procedurii. În considerarea obligației de a respecta și aplica dispozițiile legale, cât și principiile tratamentului egal al ofertanților rezultă, fără echivoc, că Autoritatea contractantă nu poate beneficia de subiectivism în evaluarea unei oferte, ci trebuie să se raporteze strict la factorii de evaluare din documentația de atribuire și la dispozițiile deciziei de reevaluare.

Autoritatea contractantă nu avea o libertate de apreciere a îndeplinirii unor factori de evaluare, ci trebuia să se rezume la analiza obiectivă a ofertelor prin raportare la cerințele cuprinse în documentația de atribuire și instrucțiunile deciziei de reevaluare. Procedând în sens contrar, Autoritatea contractantă a săvârșit un abuz prin favorizarea efectivă a ofertantului Elba Com.

[11] Susținerea CNSC în sensul că "prin decizia de repunere a ofertei Euro Audit Service SRL în situația de a fi evaluată, (...) procedura de atribuire a ajuns într-o etapă prealabilă stabilirii rezultatului final" este parțial corectă deoarece, chiar dacă ne-am regăsi în etapa indicată de către autoritate, reevaluarea tot nu poate face abstracție de aspectele care, prin necontestare, au dobândit caracter definitiv iar acest raționament este aplicabil și în ceea ce privește oferta Elba Com.

În drept, s-au invocat dispozițiile art. 29 și următoarele din Legea nr. 101/2016.

În apărare a formulat întâmpinare intimatul Municipiul Bistrița, solicitând respingerea plângerii ca nefondată și menținerea Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19.02.2021 ca fiind corectă, legală și temeinică.

În fapt, elementul central declanșator al litigiului dedus judecării este împrejurarea că autoritatea contractantă Municipiul Bistrița a comunicat către contestatoare rezultatul procedurii, iar oferta depusă de EURO-AUDIT SERVICE SRL (Euro Audit) în procedura, licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Delegarea gestiunii, prin concesiune, a Serviciului de Iluminat Public din Municipiul Bistrița și localitățile componente”, fiind declarată acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, s-a clasat pe locul 2, cu un punctaj de 96,93 puncte.

Față de Comunicarea privind rezultatul procedurii nr. 5578/22.01.2021, prin care a fost desemnată câștigătoare societatea Elba Com S.A., ofertantul clasat pe locul al doilea - Euro Audit - a formulat contestația înregistrată la CNSC sub nr. 4658/28.01.2021, care a fost soluționată prin Decizia nr. 355/C3/178 din data de 19.02.2021. Această decizie a fost atacată pe calea plângerii ce face obiectul prezentului dosar.

Intimatul apreciază că plângerea este nefondată, deoarece Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a soluționat în mod corect contestația, prin raportare la istoricul litigios al acestei proceduri, pe de o parte, iar pe de altă parte, prin raportare la stadiul concret al procedurii și documentele care au fost avute în vedere de comisia de evaluare la stabilirea rezultatului procedurii.

Obiectul principal al disputei - reținut de CNSC - este determinat de decizia autorității contractante de a aplica, în contextul reevaluării, criteriile de punctare ambelor oferte, nu doar ofertei contestatoarei. Pornind de la această premisă, criticile contestatoarei se bazează pe o pretinsă depășire a limitelor de reevaluare a ofertelor, ce ar fi fost stabilite prin decizia precedentă a CNSC, rămasă definitivă, după respingerea plângerilor formulate împotriva ei.

Așa cum în mod corect a reținut consiliul, prin decizia sa anterioară "oferta contestatoarei a fost pusă în situația prealabilă punctării ei pornind de la un raționament bazat pe motive de fapt și de drept care au schimbat înțelesul dat de entitatea contractantă metodei de punctare a ofertelor, pentru subfactorul de evaluare - termenul de intervenție la o sesizare - astfel că aceasta avea obligația să aplice același algoritm ambelor oferte, conform regulilor explicate ale legislației din domeniu, precum și în respect total pentru principiul tratamentului egal."

Prin urmare, a fost considerată corectă reevaluarea ambelor oferte, de la momentul aplicării punctajului, cu luarea în considerare a acelor informații identificate cu ocazia analizei propunerilor tehnice și financiare. Cât despre modul de aplicare a factorilor de evaluare, consiliul face trimitere la cele statuate la paginile 38-39 din Decizia nr. 1160/2020 a Curții de Apel Cluj, punctând concluzia de la paragraful prim al paginii 39: "Aceste aspecte duc la concluzia că era necesară interpretarea corelată a celor două criterii pentru a putea stabili sensul și conținutul lor." Astfel, în acest context consiliul a constatat că în procesul de reevaluare comisia de evaluare a ținut cont de cele statuate de CNSC și de instanță, în sensul aplicării celor doi subfactori de evaluare de interes la contextul organizării procedurii

Față de aceste considerente reținute în cuprinsul deciziei contestate prin plângere, susținerile Euro Audit - cu titlu de concluzii desprinse din analiza deciziilor CNSC și Curții de Apel Cluj - sunt cu totul nefondate:

- în reevaluare autoritatea contractantă nu avea obligația de a analiza/evalua exclusiv oferta Euro Audit, deoarece fiind necesară interpretarea corelată a celor două criterii, a fost necesară reevaluarea și a ofertei Elba Com;

- în privința ofertei Elba Com nu se putea modifica punctajul inițial, așa cum susține Euro Audit, fără a face reevaluarea ofertei prin prisma considerentele reținute de CNSC și instanță.

- autoritatea contractantă nu a ignorat deciziile anterior pronunțate și nici propriile măsuri de remediere, demersul de reevaluare a ambelor oferte făcându-se tocmai în considerarea punerii acestora în aplicare în mod corect și cu respectarea principiului tratamentului egal; în nici un caz nu a fost vorba despre scopul de a declara câștigătoare oferta Elba Com.

În mod greșit se susține că autoritatea contractantă ar fi revenit la prima sa decizie (despre care a admis că ar fi fost greșită prin măsurile de remediere), pentru că în realitate a fost vorba despre o nouă decizie, care a avut la bază statuările organelor de control și clarificările privind modul de interpretare a prevederilor documentației referitoare la factorii de evaluare și modul de acordare a punctajului, făcute de CNSC și instanță.

Prin plângere se susține că decizia CNSC atacată se impune a fi cenzurată cu privire la concluzia că Elba Com ar fi ofertat și termene mai reduse de 12 ore, valabile pentru intervențiile de complexitate redusă și că aceste termene ar fi fost indicate de către Elba Com în clarificări. Argumentul ar fi că Elba Com nu avea posibilitatea de a indica noi termene de intervenție deoarece ar fi echivalat cu modificarea ofertei, aspect nepermis și care era de natură să atragă respingerea ofertei ca neconformă.

Acest argument nu poate fi primit, pentru că ar însemna o încălcare flagrantă a principiului tratamentului egal.

În mod corect a reținut CNSC faptul că în procesul de reevaluare, consemnat în documentele emise de autoritatea contractantă (raportul procedurii nr. 5097/21.01.2021 și actele prealabile, inclusiv procesul-verbal nr. 87040/02.12.2020), comisia de evaluare a ținut cont de cele statuate de CNSC și instanță, în sensul aplicării celor doi subfactori de evaluare de interes la contextul organizării procedurii.

S-a avut în vedere că evaluarea celor două oferte s-a bazat și pe corespondența de clarificare a acestora, purtată înainte de stabilirea rezultatului precedent al procedurii, adică cea inițiată de comisia de evaluare la 24.06.2020. Astfel, în ceea ce privește ofertantul câștigător, "prin clarificările transmise prin adresa nr. 346/SIL/29.06.2020, acesta confirmă termenul de intervenție general sub 12 ore, însă precizează și timpi de remediere pentru activități de complexitate redusă (între 15 și 30 minute). Or, prin coroborare și cu timpul de deplasare, de aproximativ 10 minute, considerat de Consiliu rezonabil, termenul de intervenție de 40 de minute, conform cu explicațiile Euro Audit Service SRL, apărea ca fiind sustenabil."

Cele mai important aspect care a fost tranșat prin decizia contestată este faptul că există certitudinea că ambii ofertanți au indicat termene de intervenție cu nivel similar, pentru activități de complexitate redusă, ceea ce justifică și numărul de intervenții propuse pentru 24 de ore. Astfel punctarea maximă a ambelor oferte, pentru termene de nivel comun, nu reprezintă o vătămare a contestatoarei din partea autorității contractante, în concluzie, Consiliul a considerat că autoritatea contractantă a procedat corect în aplicarea factorilor de evaluare a ofertelor, raportat la obligațiile ce rezultă din decizia sa precedentă, iar susținerile contestatoarei sunt nefondate.

Pentru ca instanța să poată verifica raționamentul reținut de CNSC în conținutul deciziei atacate, cu care suntem de acord întru totul, vom face în continuare o prezentare a situației din perspectiva autorității contractante, așa cum a fost ea expusă și în contextul soluționării contestației de către CNSC:

În primul rând, aspectul esențial care trebuie clarificat, din punctul de vedere al autorității contractante, este faptul că reevaluarea a fost efectuată de comisia de evaluare cu stricta punere în aplicare a Deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020 și a Deciziei Curții de Apel Cluj nr. 1160/2020 din data de 25.09.2020 pronunțată în dosarul nr. 554/33/2020.

Deoarece prin Decizia Curții de Apel Cluj a fost respinsă plângerea formulată de Municipiul Bistrița precum și cea formulată de Elba-Com SA, cu consecința menținerii Deciziei CNSC nr.

1441/C3/125/19.08.2020, comisia de evaluare a procedat la analizarea și punerea în aplicare a celor două decizii, cu luarea în considerare, cu precădere, a reținerilor Curții de Apel Cluj.

Aspectele analizate și concluziile comisiei de evaluare rezultate în urma punerii în aplicare a deciziilor mai sus menționate sunt consemnate în Procesul-verbal nr. 87040/02.12.2020 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare, care a fost preluat ulterior în raportul final al procedurii prin care s-a stabilit oferta câștigătoare.

Astfel, analizând hotărârea civilă mai sus menționată, prin raportare la motivul respingerii ofertei Euro-Audit, respectiv la declararea ca neconforma a acestei oferte ca urmare a faptului că ofertantul a oferat la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2, un termen de deplasare și nu un termen de intervenție/soluționare, așa cum a fost solicitat prin documentele achiziției, comisia de evaluare a apreciat ca face depina aplicare a considerentelor avute în vedere de instanța Curții de Apel Cluj care a pronunțat Decizia nr. 1160/2020.

Concret instanța, prin sentința data a statuat următoarele, cu privire la documentația de atribuire:

- Nu se precizează în documentația de atribuire despre ce tip de intervenții este vorba în cadrul celor două criterii;

- Datorită modului generic de formulare a cerinței cu privire la criteriul 2 a fost necesar ca instanța să stabilească conținutul și sensul acestui criteriu;

- Întrucât oferta se fundamentează, pentru ambele criterii, pe aceleași elemente nu este posibil ca ele să aibă în vedere intervenții de natură diferită, ci același tip de intervenție, adică cele cu complexitate redusă. Aceste aspecte, duc la concluzia că este necesară interpretarea corelată a celor două criterii pentru a stabili sensul și conținutul lor.

- Fundamentarea criteriului 2 se face pe baza acelorași aspecte ca și fundamentarea criteriului 1, ceea ce justifică interpretarea că se au în vedere, atât pentru criteriul 1 cât și pentru criteriul 2 același tip de intervenții, de complexitate redusă, care, așa cum indică chiar Municipiul Bistrița se pot realiza în circa 40 de minute.

- Având în vedere lipsa indicării exprese de activități specifice pentru care să se propună termeni de intervenție, împrejurarea că propunerea tehnică trebuie să fie fundamentată pe aceleași aspecte pentru ambele criterii, rezulta că și pentru criteriul 2 documentația de atribuire vizează intervenții de complexitate redusă, posibil a se derula într-un termen cât mai scurt.

- Ofertarea pentru criteriul 1 a unui număr de 35 de intervenții în 24 de ore, în lipsa unei precizări cu privire la tipul și complexitatea intervenției presupune acceptarea faptului ca cel mai scurt termen de intervenție al unei intervenții, oricare, cea mai simplă, este de 40 de minute, termen rezultat din împărțirea numărului de intervenții la cele 24 de ore și care include și termenul de deplasare.

- Documentația de atribuire arată că se punctează termenul cel mai mic pe intervenție, fără a specifica din intervențiile de complexitate redusă, o intervenție anume, astfel că poate fi valorificat pentru criteriul 2 timpul indicat pentru intervențiile de complexitate redusă de la criteriul 1.

Interpretările date documentației de atribuire de către Curtea de Apel Cluj, conform principiului tratamentului egal, trebuie să se aplice deopotrivă tuturor ofertanților care au depus oferte în procedură, și nu doar ofertei contestatorului.

Pe cale de consecință, având în vedere motivele reținute de instanță, precum și faptul că analiza instanței vizează lămurirea unor aspecte ce țin de interpretarea unor prevederi din documentația de atribuire, statuări care au valoare obligatorie în raport cu ambele oferte, comisia de evaluare a realizat următoarele demersuri:

A reevaluat propunerea tehnică din cadrul ofertei depusa de Euro-Audit cu privire la criteriul nr. 2, conform motivării Hotărârii civile nr. 1160/25.09.2020, care indică, fără echivoc, că termenul de intervenție ofertat de Euro-Audit este de 40 de minute, termen ce include și timpul de deplasare.

Pe cale de consecință, având în vedere cele reținute de Curtea de Apel Cluj prin Hotărârea civilă mai sus indicată, comisia de evaluare, a considerat că termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate este de 40 de minute, și drept urmare a declarat propunerea tehnică din cadrul

ofertei depusa de Euro-Audit ca fiind conformă, și prin urmare admisibilă, în etapa de reevaluare tehnică. Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate fiind de 40 de minute punctajul acordat pentru acest factor de evaluare este de 10 puncte.

A reevaluat propunerea tehnică din cadrul ofertei depusa de Elba-Com SA cu privire la criteriul nr. 2, motivat de faptul că, ambele instanțe, atât CNSC cât și Curtea de Apel Cluj, au procedat la lămurirea conținutului și înțelesului criteriului nr. 2 (detaliat în paragrafele mai sus citate) comisia de evaluare, în respectarea principiul tratamentului egal și al proporționalității, a fost obligată să aplice, în reevaluare, același tratament atât pentru ofertantul contestator cât și pentru ofertantul Elba-Com SA

Având în vedere toate aspectele aceste aspecte, intimatul solicită respingerea plângerii ca nefondată și menținerea Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19.02.2021 ca fiind corectă, legală și temeinică.

În drept, s-au invocat dispozițiile art. 29 și art. 30 din Legea nr. 101/2016 din 19 mai 2016.

Și intimata și Elba Com SA a depus întâmpinare, solicitând respingerea plângerii ca neîntemeiată, apreciind, în esență, că punctajul alocat ofertei sale s-a făcut cu deplina respectare a Deciziei Curții de Apel Cluj, iar necesitatea reevaluării ofertei a rezultat din necesitatea respectării principiului egalității de tratament.

Cu privire la susținerea petentei privind ofertarea unui termen de maxim 12 ore de către intimată, acest aspect a fost clarificat în urma solicitării autorității contractante.

Petenta susține că Elba Com nu avea posibilitatea de a indica noi termene de intervenție deoarece ar fi echivalat cu modificarea ofertei, aspect nepermis și care era de natură să atragă respingerea ofertei ca neconformă, intimata susține că autoritatea contractantă a solicitat să justifice modalitatea efectivă de implementare, într-un termen de 24 de ore, a celor 35 de intervenții oferite, prin raportare la tipurile de intervenții solicitate prin documentația de atribuire.

Cu privire la factorii de evaluare „Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore”, prin răspunsul la aceste solicitări nu a modificat termenul ofertat doar a demonstrat că nu putea încadra în termen oferta cu durata mai mică de 12 ore, aspect de asemenea clarificat.

Astfel, intimata nu a ofertat mai multe termene de intervenție, după cum nici petenta nu a ofertat un termen fix de 40 de minute, acesta fiind un termen mediu rezultat.

În drept, s-au invocat dispozițiile art. 205-208 Cod procedură civilă.

Analizând plângerea formulată în cauză, Curtea reține că acesta se fundamentează pe argumente ce privesc legalitatea reevaluării ofertei intimatei Elba Com- pe care petenta o apreciază ca fiind efectuată cu încălcarea limitelor trasate prin Decizia nr. 1160/2020 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 554/33/2020 și totodată cu încălcarea principiului egalității de tratament; pe de altă parte, petenta formulează critici și pe fondul procesului-verbal de reevaluare a ofertei tehnice depuse de Elba Com în sensul în care, susține petenta că determinarea punctajului se impunea a se raporta la termenele de intervenție declarate de acest ofertant (de maxim 12 ore), condiții în care și punctajul acordat acestui ofertant ar fi fost determinat în mod greșit.

Nici unul din argumentele evocate, analizate ca atare și prin Decizia CNSC nr. 355/C3/178 din 19.02.2021, nu poate fi validat de instanță.

Astfel, în ceea ce privește limitele reevaluării urmare a pronunțării Deciziei civile nr. 1160/25.09.2020 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 554/33/2020, care pentru coerența construcției argumentative, se impune a fi analizat cu prioritate, instanța va reține ca fiind corecte statuările CNSC relevate în cuprinsul deciziei atacate.

Analizând susținerea petentei-contestatoare EURO-AUDIT SERVICE SRL că nu ar fi întemeiată, faptic și legal, reevaluarea ofertei ELBA Com, Consiliul a reținut că aceasta este nefondată *atât prin prisma consecințelor produse de decizia de repunere a ofertei petentei în situația de a fi evaluată* (reluarea procedurii de atribuire în ansamblul său din etapa prealabilă stabilirii rezultatului final), *cât și prin prisma considerentelor care au stat la baza deciziei anterior amintite* (de repunere a ofertei Euro Audit în situația de a fi evaluată)- care au schimbat înțelesul dat de autoritatea contractantă metodei de punctare a ofertelor pe subfactorul în discuție.

Aplicarea conjugată a acestor două argumente, a condus la concluzia organului administrativ-jurisdicțional în sensul că autoritatea contractantă avea obligația să aplice același algoritm (de evaluare) ambelor oferte, în scopul respectării principiilor trasate de legislația specifică domeniului achizițiilor publice și, în special, principiul tratamentului egal.

Curtea își însușește în integralitate raționamentul Consiliului, reținând că autorității contractante îi revenea chiar obligația de reevaluare a ambelor oferte, prin aplicarea algoritmului de evaluare stabilit de instanța Curții de Apel Cluj în Decizia nr. 1160/25.09.2020 pronunțată în dosarul nr. 554/33/2020, o interpretare contrară fiind de natură a încălca principiul nediscriminării și a tratamentului egal instituit de dispozițiile art. 2 alin. 2 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

În acest sens, reținem că prin Decizia Curții de Apel Cluj anterior evocate a fost analizat în primul rând *sensul cerinței tehnice prin care autoritatea contractantă a stabilit ca factor de evaluare tehnic ofertarea unui termen de intervenție de la momentul sesizării justificate*, înțeles ca termen de soluționare a respectivei sesizări.

Instanța Curții de Apel Cluj a reținut în primul rând că „stabilirea conținutului și a sensului a fost necesară datorită modului generic de formulare a cerinței analizate.”

Pornind de la această premisă, care lipsește de eficacitate evaluarea inițială făcută ofertei Elba Com, instanța Curții de Apel Cluj a stabilit, cu autoritate de lucru judecat, că „*Nu se precizează de autoritatea contractantă despre ce tip de intervenție este vorba în cadrul criteriului 1 sau 2. În raport de numărul mare de intervenții și timpul în care se poate realiza o intervenție se poate concluziona ca este vorba de intervenții de complexitate redusă pentru criteriul nr. 1. În cadrul criteriului 2 se punctează cel mai mic timp de intervenție per intervenție, dar din nou nu se precizează expres despre ce tip de intervenție este vorba. Câtă vreme se punctează cel mai mic timp de intervenție fără a se indica despre ce tip de intervenție este vorba, este evident ca poate fi valorificat și timpul indicat pentru intervențiile de complexitate redusă de la criteriul nr. 1*” (par. 2 pg. 37 a Deciziei nr. 1160/25.09.2020 pronunțată de Curtea de Apel Cluj în dosarul nr. 554/33/2020).

A mai reținut aceeași instanță că „*CNSC a reținut în mod corect că modalitate de formulare a criteriului și de determinare a punctajului aleasă de către autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanților posibilitatea de a indica o durată de remediere și intervenție diferită, în lipsa unor activități specifice indicate expres, față de care să se evalueze realitatea termenelor propuse. Altfel spus era posibil a se indica diferite intervale de timp pentru diferite intervenții urmând a se avea în vedere pentru evaluarea îndeplinirii criteriului nr. 2 cel mai mic timp de intervenție oferat.*

Totodată în mod corect s-a reținut că pentru criteriul nr. 1 autoritatea contractantă a avut în vedere din raportul timp număr de intervenții, intervenții de complexitate redusă posibil a se realiza în 41 de minute fiecare.

În aceste condiții și instanța apreciază, având în vedere lipsa indicării exprese de activități specifice pentru care să se propună termeni de intervenție, împrejurarea că propunerea tehnică trebuie să fie fundamentată pe aceleași aspecte pentru ambele criterii, că și pentru criteriul nr. 2 documentația de atribuire vizează intervenții de complexitate redusă, posibil a se derula într-un termen cât mai scurt. Totodată documentația de atribuire arată că se punctează termenul cel mai mic pe intervenție, fără a specifica din intervențiile de complexitate redusă o intervenție anume astfel ca poate fi valorificat pentru acest criteriu nr. 2 și timpul indicat pentru intervențiile de complexitate redusă de la criteriul nr. 1.”

Pornind de la aceste statuări intrate sub autoritatea lucrului judecat cu privire la modul în care se impunea a fi înțelese și evaluate criteriile astfel stabilite prin documentația de atribuire, se impune concluzia că respectarea principiului tratamentului egal impunea ca și oferta tehnică a Elba Com să fie evaluată prin prisma acestora, fără ca prin acesta să se încalce limitele reevaluării trasate prin Decizia 1160/2010. Aceasta întrucât hotărârea amintită a impus reevaluarea ofertei petente-contestatoare, fără a interzice consecutiv reevaluarea ofertei concurente. Omisiunea de a dispune asupra reevaluării ambelor oferte este firească, atâta vreme cât ea derivă din principiul limitelor investirii instanței, fără ca respectarea acestor limite să repercuteze asupra obligativității autorității

contractante de a asigura la rândul său deplina respectare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de concesiune de lucrări și de concesiune de servicii, astfel cum acestea sunt stabilite la art. 2 alin. 2 din Legea 100/2016.

Astfel fiind, criticile legate de legalitatea reevaluării ofertei intimă Elba Com sunt neîntemeiate.

Cât privește modul de aplicare a factorilor de evaluare, în consens cu argumentația Consiliului din cuprinsul deciziei atacate, Curtea va reține că punctajul acordat propunerii tehnice a ofertantului declarat câștigător a fost corect determinat, raportat la criteriile de evaluare astfel cum au fost ele interpretate prin decizia 1160/2020 a Curții de Apel Cluj.

Astfel, în primul rând, contrar susținerilor petentei, prin răspunsul la clarificări nr. 346/SIL/29.06.2020 intimata nu ofertează noi termene de intervenție, ci justifică sustenabilitatea timpului de 40 min aferent criteriului 1, rezultat din raportul timp /număr de intervenții, prin circumstanțierea termenului de intervenție oferit în funcție de tipurile de intervenții și de gradul de complexitate al acestora.

Deși petenta Euro Audit contestă numărul de intervenții oferit de intimată la crt. nr. 1, critica acesteia se raportează strict la timpul maxim oferit conform criteriului nr. 2, *deși prin Decizia nr. 1160/2020 a Curții de Apel Cluj s-a stabilit dimpotrivă, necesitatea interpretării corelate a celor două criterii* (par. ultim, pg. 38).

Or, comisia de evaluare a procedat în realitate la aplicarea efectivă a considerentelor Deciziei civile anterior evocate în procedura de reevaluare a ofertei Elba Com, în sensul în care atâta vreme cât a acceptat pentru criteriul nr. 1 că Elba-Com SA poate să realizeze 35 de intervenții în 24 de ore, respectiv o medie de 40 de minute/intervenție, aceasta era obligată să aplice, în procesul de reevaluare/punctare a criteriului nr. 2 și în mod similar cu modul de evaluare a ofertei depuse de Euro-Audit, considerentul decizoriu al Curții de Apel Cluj din motivarea Deciziei civile nr. 1160/ 25.09.2020 în sensul că se punctează termenul cel mai mic pe intervenție, fără a specifica din intervențiile de complexitate redusă, o intervenție anume, *astfel că poate fi valorificat pentru criteriul 2 timpul indicat pentru intervențiile de complexitate redusă de la criteriul 1*.

Pe cale de consecință se impunea concluzia că și în cazul ofertei depuse de Elba-Com termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate este de 40 de minute, termen determinat din interpretarea corelată a celor două criterii anterior evocate. Consecutiv, în mod corect a stabilit comisia de evaluare că punctajul acordat pentru acest factor de evaluare este de 10 puncte.

Împrejurarea că în intimata a indicat în mod explicit, pentru criteriul nr.2, un termen de intervenție de la momentul sesizării justificate de maxim 12 ore, este lipsit de relevanță în raport de dezlegările obligatorii date de instanța Curții de Apel Cluj în decizia 1160/2020 și în lumina cărora acest termen trebuie socotit că acoperă toate intervențiile prevăzute în caietul de sarcini incluzând deci și termenul de 40 de minute rezultat din analiza criteriul nr. 1.

Nici susținerea petentei Euro-Audit că pentru timpi de intervenție diferiți situați în același interval nu s-ar putea acorda punctajul maxim ambelor oferte, nu poate fi validată. În acest sens, Curtea subliniază faptul că termenele oferite de părțile prezentei plângeri sunt identice (40 minute), nefiind doar situate în același interval al grilei de punctaj, prin urmare orice analiză subsecventă legată de interpretarea documentației de atribuire în sensul afirmat de petentă, apare ca fiind lipsit de relevanță juridică.

Pentru considerentele ce preced, plângerea formulată de petenta EURO-AUDIT SERVICE S.R.L. („Euro Audit”) împotriva Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19 februarie 2021 va fi respinsă ca nefondată, cu consecința respingerii în consecință și a petitului accesoriu de obligare a intimărilor la suportarea cheltuielilor de judecată.

PENTRU ACESTE MOTIVE
ÎN NUMELE LEGII
D E C I D E

Respinge ca nefondată plângerea formulată de petenta EURO-AUDIT SERVICE S.R.L. („Euro Audit”), cu sediul în Târgoviște, str. Calafat nr. 7, județ Dâmbovița, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Dâmbovița cu nr. J15/954/2004, cod unic de înregistrare 16869469, cod de identificare fiscală RO16869469, cont bancar RO25WBAN001696067244RO01 deschis la San Paolo Bank, reprezentată legal prin administrator Alexandru Cârlig, reprezentată convențional prin avocat Oana Gavrilă, cu sediul profesional în București, str. Doctor Dimitrie Drăghiescu nr. 11, sector 5 în contradictoriu cu intimata autoritate contractantă Municipiul Bistrița, reprezentat legal prin Primarul municipiului Bistrița, Ioan Turc, sediul în Municipiul Bistrița, str. Piața Centrală nr. 6, jud. Bistrița-Năsăud, CUI -4347569, nr. cont R095TREZ 10124510220XXXXX deschis la Trezoreria Bistrița și intervenienta ELBA COM S.A. („Elba Corn”), cu sediul social în Splaiul Nicolae Titulescu, nr. 14, Mun. Timișoara, județ Timișoara, sediu ales pentru comunicarea actelor de procedură în Ghiroda, Calea Lugojului nr. 126, jud. Timiș, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului de pe lângă Tribunalul Timiș cu nr. J35/559/2000, cod de identificare fiscală RO13108765, reprezentată legal de dl. Marius-Matei Cocian, Director General împotriva Deciziei CNSC nr. 355/C3/178 din data de 19 februarie 2021.

Definitivă.

Pronunțată azi, 25 martie 2021, prin punerea soluției la dispoziția părților, de către grefa instanței.

Președinte,
Luminița-Maria Firicel

Judecător,
Antoniou Simon

Judecător,
Florin Cătălin Jacotă

Grefier,
Victoria Dăncilă