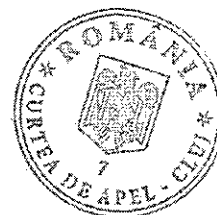


Cod ECLI ECLI:RO:CACLI:2020:050.001160

Prezentul document este supus reglementărilor aflate sub incidența Regulamentului U.E. 2016/679

Dosar nr. 554/33/2020

Dosar conexat nr. 561/33/2020



ROMÂNIA

CURTEA DE APEL CLUJ

SECȚIA A III-A CONTENCIOS ADMINISTRATIV ȘI FISCAL

**DECIZIA CIVILĂ NR. 1160/2020**

Ședința publică de la 25 Septembrie 2020

Instanța constituită din:

PREȘEDINTE Anamaria Gabriela Vida-Simiti

Judecător Alexandrina Amalia Marin

Judecător Delia Marusciac

Grefier Angelica-Elena Gîrță

S-au luat în examinare plângerile formulate de petenții MUNICIPIUL BISTRIȚA și ELBA COM SA împotriva Deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, în contradictoriu cu intimata EURO-AUDIT SERVICE SRL, având ca obiect litigiu privind achizițiile publice - contestație atribuire Decizia CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020.

*Componența completului de judecată a fost stabilită conform procesului verbal aflat la fila nr. 50 din dosar.*

La apelul nominal făcut în ședința publică se prezintă reprezentanta petentei ELBA COM SA, avocat Cîherean Anița Maria, ce depune delegație de substituție la acest termen, precum și reprezentantul intimatului EURO-AUDIT SERVICE SRL, avocat Grigore Pop, ce depune împuternicire avocațială la acest termen, lipsă fiind petentul MUNICIPIUL BISTRIȚA.

S-a făcut referatul cauzei de către grefierul de ședință, care învederează instanței următoarele: cauza se află la primul termen de judecată; procedura de citare este legal îndeplinită; s-a depus întâmpinare la data de 10 septembrie 2020; Elba Com a depus înscrisuri la data de 24 septembrie; a fost conexat dosarul nr. 561/33/2020; se constată că a fost solicitată judecarea cauzei în lipsă.

Fiind pus în discuție aspectul privind competența instanței, reprezentanții părților apreciază pe rând că prezenta instanță este competentă să soluționeze cauza.

Curtea procedează la verificarea competenței în temeiul art. 131 C. pr. civ. și constată că este competentă general, material și teritorial în soluționarea cauzei deduse judecății, potrivit art. 96 pct. 4 Cod pr. civ. și art. 32 alin. 1 din Legea nr. 101/2016.

Curtea reține faptul că în dosarul conexat nr. 561/33/2020 s-a pus în vedere în cursul zilei de ieri să se consemneze o cauțiune pentru plângerea formulată de către ELBA COM SA și s-a făcut dovada achitării acesteia, însă nu cu recipisa de consemnare în original.

Reprezentanta petentei Elba Com SA arată că nu are originalul recipisei de consemnare a cauțiunii față de faptul că în cursul zilei de ieri i s-a pus în vedere în jurul amiezii să achite această cauțiune, arătând că are doar dovada plății în cont a cauțiunii, iar recipisa în original a fost ridicată astăzi și a fost trimisă prin curierat rapid, însă nu a ajuns încă la dosar.

Curtea acordă cuvântul asupra excepției tardivității plângerii promovate de către Elba Com SA.

Reprezentantul intimatului Euro-Audit Service SRL susține excepția invocată, precizând că nu a avut ocazia să studieze dosarul achiziției pentru a constata care este momentul comunicării, însă susține excepția raportat la cele invocate prin întâmpinare.

Reprezentanta petentei Elba Com SA solicită respingerea excepției tardivității, plângerea fiind formulată în termenul de 10 zile prevăzut de art. 29 din Legea nr. 101/2016 așa cum rezultă din procesul verbal de comunicare a deciziei CNSC, aceasta a fost comunicată cu societatea Elba Com SA în data de 28.08.2020 iar plângerea a fost formulată în data de 7 septembrie 2020 și nu în

data de 8 septembrie, cum se susține prin întâmpinarea depusă. De asemenea solicită instanței să aibă în vedere dispozițiile art. 183 alin. 1 și 3 C.pr.civ., care prevăd modalitatea de calcul al termenului pentru și faptul că actul procedural depus în termen la oficiul poștal este socotit ca fiind în termen, data depunerii fiind considerată data depunerii la oficiul poștal. Așa cum rezultă din copia plicului cu care a fost transmisă către Curtea de Apel plângerea, data transmiterii este data de 7 septembrie și nu data de 8 septembrie, și chiar făcând raportarea la data de 8 septembrie când a ajuns plângerea la Curtea de Apel Cluj arată că tot se încadrează în termenul de 10 zile, decizia fiind comunicată în 28 august.

Deliberând, Curtea respinge excepția tardivității plângerii promovate de către Elba Com SA, constatând că înscrisurile existente la dosar atestă faptul că decizia CNSC a fost comunicată petentei la data de 28 august iar plângerea a fost transmisă prin fax în data de 7 septembrie, cu respectarea termenului de 10 zile reglementat de art. 29 din Legea nr. 101/2016, fiind astfel depusă în ultima zi, această modalitate de calcul fiind diferită pe Legea nr. 101/2016, însă plângerea este în termen.

Curtea constată că prin întâmpinările formulate în ambele dosare au fost invocate o serie de inadmisibilități care vizează de fapt fondul cauzei și vor fi puse în discuție odată cu fondul cauzei.

Reprezentantul intimatului Euro-Audit Service SRL arată că nu sunt veritabile excepții și solicită a fi puse în discuție odată cu fondul. Totodată depune dovada cheltuielilor de judecată.

Reprezentanta petentei Elba Com SA arată că a invocat prin plângere excepția lipsei de interes și totodată excepția inadmisibilității raportat la atacarea procesului verbal de comunicare a actului autorității contractante. Totodată menționează că a fost trimisă dovada cheltuielilor de judecată constând în onorariu avocațial atât la dosarul conexat cât și la prezentul dosar.

Curtea apreciază că acestea sunt motive ale plângerii, nu sunt excepții care să privească plângerea, ci sunt argumente aduse în sprijinul plângerii formulate.

Curtea încuviințează proba cu înscrisuri ca fiind legală, pertinentă, concludentă pentru soluționarea cauzei, după care declară închisă cercetarea judecătorească și acordă cuvântul asupra plângerilor formulate.

Reprezentanta petentei Elba Com SA solicită admiterea plângerii proprii așa cum a fost formulată și motivată, admiterea excepției inadmisibilității acțiunii, precum și admiterea excepției lipsei de interes a contestatoarei intimatului în prezentul dosar, iar pe fondul cauzei solicită modificarea deciziei atacate în sensul respingerii contestației formulate și admiterii cererii de intervenție formulate de către societatea Elba Com SA, cu cheltuieli de judecată.

Apreciază inadmisibilă acțiunea societății Euro-Audit prin faptul că nu s-a contestat actul administrativ colegial, respectiv procesul-verbal al Comisiei de Evaluare din data de 15.07.2020, ci s-a contestat adresa de înaintare a actului respectiv, care nu este practic actul Comisiei de Evaluare a ofertei, ci este adresa de înaintare prin care s-a transmis modalitatea de analizare a răspunsului la clarificări transmis de către societatea Euro-Audit. Câtă vreme nu s-a contestat actul administrativ prin care s-a evaluat oferta societății Euro-Audit apreciază inadmisibil demersul promovat de către societatea Euro-Audit și de asemenea îl apreciază lipsit de interes raportat la faptul că prin procesul-verbal al Comisiei din data de 15.07.2020, pe lângă motivul de neconformitate care a fost contestat la CNSC, mai sunt încă alte patru motive de neconformitate reținute de către autoritatea contractantă, motive cu privire la care nu s-au promovat contestații, fiind punctul de vedere expres al societății Euro-Audit menționat chiar prin notele de ședință transmise în fața CNSC în data de 10 august 2020, prin care arată că nu fac obiectul investiției CNSC celelalte patru motive de neconformitate reținute de către autoritatea contractantă, motiv pentru care apreciază lipsit de interes demersul societății Euro-Audit. Chiar și dacă s-ar menține hotărârea CNSC în sensul anulării actului raportat la primul motiv de neconformitate, mai sunt celelalte patru motive de neconformitate care nu pot conduce la continuarea procedurii cu societatea Euro-Audit. Procesul verbal din data de 15.07.2020 este un act administrativ care are deja puterea lucrului hotărât, nefiind contestat în termenul legal, și produce efecte juridice, fiind un act de care autoritatea contractantă este ținută.

Se invocă de către societatea Euro-Audit faptul că nu s-ar fi comunicat și acest proces-verbal, contrar mențiunii din actul de înaintare din data de 22.07.2020 al autorității contractante, de asemenea raportat la faptul că nu s-au criticat acele motive. Acceptând chiar și faptul că nu s-ar fi

comunicat odată cu adresa de înaintare acel document, arată că procesul-verbal al Comisiei a fost depus și la CNSC, dosarul a fost studiat, din notele de ședință din data de 10 august 2020 ale societății Euro-Audit din fața CNSC rezultă că a luat cunoștință de acel proces-verbal al Comisiei și cu toate acestea nu s-a contestat. Or potrivit dispozițiilor art. 8 din Legea nr. 101/2016, termenul de formulare a contestației împotriva actului care îi vatamă interesele curge de la data luării la cunoștință, nu de la data comunicării. Astfel, și dacă s-ar accepta că nu s-ar fi comunicat acel proces-verbal de evaluare al Comisiei, actul colegial, consideră că celelalte motive de neconformitate reținute intrate în puterea lucrului hotărât și necontestat nu pot să conducă la soluția adoptată de CNSC, respectiv continuarea procedurii și reevaluarea ofertei societății Euro-Audit, fiind niște motive de neconformitate rămase definitive și necontestate. Din acest motiv apreciază că nu prezintă niciun interes în demersul promovat cu privire la primul motiv de neconformitate.

În ceea ce privește fondul cauzei consideră că este foarte relevant a sublinia două aspecte, respectiv prin hotărârea CNSC într-adevăr s-a admis contestația formulată, însă din conținutul considerentelor rezultă faptul că CNSC nu a îmbrățișat toate criticile formulate de către societatea Euro-Audit. Această societate s-a plâns în primul rând de faptul că ar fi fost declarată neconformă oferta sa raportat la o cerință nescrisă, respectiv raportat la faptul că termenul de intervenție ar reprezenta termen de remediere iar nu termen de deplasare arată că CNSC nu a îmbrățișat acest punct de vedere, și de asemenea CNSC nu a îmbrățișat nici punctul de vedere cu privire la care autoritatea contractantă în reevaluare nu ar mai fi putut să revină asupra conformității sau neconformității ofertei societății Euro-Audit. Și această chestiune a fost tranșată, nu s-a formulat plângere împotriva considerentelor hotărârii CNSC de către societatea Euro-Audit, aceasta având autoritate de lucru judecat, motiv pentru care apreciază că nu mai pot fi puse în discuție în acest demers procesual în calea de atac promovată de către societatea Elba Com. Subliniază acest lucru întrucât a observat că în întâmpinarea societății Euro-Audit se insistă asupra așa-zisei cerințe nescrise conform căreia termenul de intervenție nu ar fi reprezentat un termen de remediere efectivă a defecțiunii, ci un termen de deplasare, de asemenea că autoritatea contractantă nu mai putea să revină asupra stabilirii neconformității ofertei Euro-Audit, însă arată că acestea sunt chestiuni deja hotărâte și nu se mai poate discuta asupra lor.

Așadar apreciază că hotărârea autorității contractante privind neconformitatea ofertei Euro-Audit a fost una legală și temeinică, s-a raportat la dispozițiile art. 93 alin. 2 din Legea 100/2016 potrivit cărora oferta este declarată neconformă în condițiile în care nu corespunde necesităților autorității contractante stabilite prin caietul de sarcini. De asemenea, în mod corect s-a stabilit faptul că ofertarea termenului de 10 minute și modificarea lui prin răspunsul la clarificări nu prezintă fermitate. S-a oferit un termen de intervenție considerat de către societatea Euro-Audit un termen de deplasare în condițiile în care ceea ce s-a solicitat a se oferta nu era un termen de deplasare ci un termen de remediere efectivă a defecțiunii, aspect care rezultă din ansamblul documentației de atribuire și reținut de altfel și de CNSC, și totodată apreciază că în mod corect s-a reținut și faptul că s-a condiționat oferta prin mențiunea că în situații cum ar fi furtună, vânt puternic, cutremur, momentul de la care intervine societatea Euro-Audit ar fi de la încetarea acelor condiții speciale meteorologice, ceea ce conduce la concluziile unei oferte lipsite de fermitate și care nu corespunde cerințelor solicitate de către autoritatea contractantă. Mai arată că se pune semnul întrebării cu privire la fermitate în condițiile în care societatea Euro-Audit a oferit un termen incert referitor la defecțiunile de complexitate medie sau limitată, caz în care s-a menționat că există o procedură specială respectiv acel caz se va raporta la șeful punctului de lucru care va lua măsurile necesare, va desemna echipa de intervenție, fără să se clarifice un termen în care acel șef al echipei de intervenție este obligat să desemneze echipa și să intervină efectiv, astfel că practic se ajunge tot la un termen incert. Din acest motiv consideră că în mod corect a fost apreciată oferta Euro-Audit ca fiind neconformă de către autoritatea contractantă raportat la toate motivele de neconformitate reținute, parte din ele rămânând în puterea lucrului hotărât, nefiind contestate.

Concluzionând, solicită admiterea plângerii formulate de către societatea Elba Com.

Cu privire la plângerea formulată de petentul Municipiul Bistrița adaugă faptul că nu se poate ajunge în situația motivului subsidiar tocmai raportat la inadmisibilitatea invocată de Elba Com și la faptul că nu s-au contestat celelalte motive de neconformitate în condițiile în care societatea Elba Com avea cunoștință de procesul-verbal al Comisiei din data de 15.07.2020.

Reprezentantul intimatei Euro-Audit Service SRL solicită respingerea ambelor plângeri ca fiind vădit neîntemeiate. În ceea ce privește cele două excepții invocate în plângere, respectiv cea a inadmisibilității și a lipsei de interes, apreciază că invocarea lor la acest moment este vădit inadmisibilă având în vedere că ele nu au făcut obiectul cauzei în fața CNSC. Așa cum arată dispozițiile exprese ale Legii nr. 101/2016, cadrul procesual inclusiv asupra motivelor puse în discuție se determină în fața Consiliului și apoi el trebuie păstrat în aceeași formă în fața Curții de Apel, în această privință unor motive directe în fața Curții de Apel prin plângere fiind prin urmare inadmisibilă, aceasta vizând ambele chestiuni la care se referă partea adversă vizând inadmisibilitatea și lipsa de interes. Dincolo de acest aspect arată că ele sunt vădit neîntemeiate.

În ceea ce privește inadmisibilitatea arată că în primul rând se caracterizează vădit eronat ceea ce a făcut obiectul contestației. Așa cum rezultă în mod îndubitabil din cuprinsul acesteia, arată că s-a atacat evident adresa de comunicare a rezultatului procedurii și rezultatul procedurii însăși, dar și toate actele care au stat la baza acestei decizii și actele subsecvente, inclusiv raportul procedurii. Singurul motiv pentru care ele nu au fost individualizate este acela că unicul act supus comunicării către ofertanți în temeiul art. 92 alin. 2 din Legea nr. 100/2016 este comunicarea privind rezultatul procedurii și atunci acela este actul principal pe care ofertantul îl poate ataca pentru că doar acela este supus comunicării, dar formularea generală care se regăsește și în această contestație face evident faptul că s-au atacat atât actele care stau la bază cât și actele subsecvente respectivei comunicări, de aceea evident contestația nu era admisibilă.

În ceea ce privește chestiunea interesului arată faptul că dacă s-ar valida aceste susțineri s-ar ajunge la consecințe extrem de grave în toate procedurile pentru că s-ar încălca flagrant principiul transparenței și ar fi ca o modalitate clandestină care ar fi autorizată în conduita autorităților contractante prejudiciabil pentru toată lumea. Consideră că excepția este vădit neîntemeiată raportat la art. 92 alin. 2 din Legea 100/2016, care stabilește în mod expres faptul că această comunicare privind rezultatul procedurii trebuie să conțină toate motivele care au stat la baza evaluării efectuate de autoritatea contractantă. Prin urmare, aplicând acest text de lege în speță, din moment ce în comunicare s-a indicat un singur motiv pentru respingerea ofertei proprii, în continuare acela trebuie considerat motivul unic despre care se poate discuta. Este vădit nepermis să se impute cumva ofertantului o conduită nelegală a autorității contractante, dacă au mai fost și alte motive care să stea la baza respingerii ofertei dar neindicate în temeiul art. 92 alin. 2, și totodată caracterul cumva clandestin al conduitei autorității contractante să se răsfrângă în final asupra ofertantului. Ce este cert este că dacă art. 92 alin. 2 reglementează faptul că acolo trebuie să fie toate motivele înseamnă că doar cele expres menționate sunt cele de care autoritatea contractantă înțelege să se prevaleze, ele fiind unicele pentru care s-a respins oferta, și de aceea consideră că nu există nicio altă conduită posibilă a intimatei din speță decât să atace doar acele motive care i-au fost comunicate de către autoritatea contractantă.

Cel de-al doilea motiv ar fi acela că interpretarea prezentată de intimată este unica ce este compatibilă cu principiul transparenței. Art. 92 alin. 2 este o explicitare a principiului transparenței care spune foarte clar că orice măsură pe care autoritatea contractantă o ia și orice cauză, mai ales pentru cea mai drastică sancțiune posibilă de respingere a unei oferte din cadrul unei proceduri, trebuie să fie comunicată în mod efectiv ofertantului, adusă în mod efectiv la cunoștința ofertantului ca el să aibă posibilitatea ulterior să o conteste. Or în temeiul principiului transparenței, la fel unicul motiv pentru care s-a respins oferta intimatei comunicată ofertantului este cel despre care a menționat în cuprinsul contestației și în întâmpinările formulate, și de aceea în virtutea acestui principiu el trebuie considerat în final ca fiind unicul pe care autoritatea contractantă și-l asumă în raport cu ofertantul pentru că doar pe acesta i l-a comunicat.

Chiar și dacă nu s-ar aplica dispozițiile în materia specială a achizițiilor publice și s-ar face un pas în spate, consideră că și normele de drept comun conduc la aceeași concluzie, făcând aici referire la efectele actelor juridice unilaterale. Dacă s-ar presupune prin absurd că într-adevăr conținutul procesului-verbal i-ar fi fost într-un fel opozabil sau imputabil intimatei, arată că acela este îndubitabil un act juridic unilateral pentru că emană strict de la autoritatea contractantă și normele Codului civil prevăd faptul că actele unilaterale produc efecte doar de la momentul la care comunicarea lor ajunge la destinatar. Or în speță nu s-a realizat niciodată o astfel de comunicare directă cu intimata a respectivului proces-verbal, de aceea arată că pur și simplu nu produce niciun

efect juridic. Singurul act comunicat este comunicarea privind rezultatul procedurii, prin urmare și în temeiul normelor de drept comun doar acela produce efecte juridice.

Consideră totodată că ar fi validată o modalitate de lucru vădit frauduloasă în condițiile în care autoritatea contractantă informează doar parțial, comunică unui ofertant doar că a fost descalificat pentru un motiv, dar cumva vădit fraudulos și clandestin să depună la dosarul achiziției publice un document care ar indica cumva mai multe motive de descalificare și să se considere că ele ar fi opozabile respectivului ofertant, apreciind că această conduită este flagrant contrastantă cu principiul transparenței și că ar fi un precedent extrem de periculos pentru toate procedurile, dacă aceasta este o conduită care poate să fie validată pentru o autoritate contractantă și în final imputată ofertanților. De aceea reiterează faptul că au atacat ceea ce li s-a comunicat și au dovedit faptul că acel motiv de respingere a ofertei era neîntemeiat și astfel au interes din moment ce ceea ce s-a solicitat în speță este să fie obligată autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor implicit sub toate aspectele pe care apoi le vor putea contesta. Acele motive subsidiare de neconformitate menționate de către partea adversă și de către autoritatea contractantă consideră că nici nu sunt motive de neconformitate, de aceea autoritatea contractantă probabil nu le-a scris în comunicarea privind rezultatul procedurii, pentru că ele ar fi putut poate să justifice o scădere a punctajului obținut de către intimată, dar în niciun caz descalificarea sau respingerea ofertei ca neconformă. Și doar în acest unic motiv apreciază că intimata are interes în contestarea rezultatului și de aceea modalitatea în care a soluționat CNSC cauza este întemeiată.

Cu privire la fondul ambelor plângeri arată că toată discuția în speță este cu privire la faptul dacă intimata și-a modificat sau nu oferta, dacă într-adevăr în oferta inițială a oferat acel timp de 40 minute de remediere și nu un timp de 10 minute de intervenție, așa cum s-a reținut de către autoritatea contractantă. Precizează că în analiza detaliată a CNSC s-a reținut care sunt elementele ofertei inițiale din care rezultă fără dubiu că timpul de remediere oferat de către intimată era de 40 minute, și acesta avea 2 componente, respectiv 10 minute deplasarea la fața locului, adică intervenția, așa cum a fost definită, și 30 minute remedierea efectivă a defecțiunii. Rezultă așa în primul rând din numărul de intervenții pe 24 de ore care a fost oferat de către intimată, în număr de 35. Acesta a fost în oferta inițială și împărțind cele 35 de intervenții la 24 de ore rezultă acest termen total de 40 de minute pentru fiecare intervenție plus remediere distinctă ce trebuie realizată. Prin răspunsul la clarificări arată că nu s-a modificat în niciun fel această ofertă inițială, ci doar s-a explicat faptul că în ea există două componente în absența unei definiții mai clare a autorității contractante, intervenție respectiv să ajungă la fața locului 10 minute, remediere sau repararea defecțiunii 30 de minute. Această explicare nu modifică cu nimic oferta, este consecventă intimata pe tot parcursul procedurii de atribuire și prin urmare nu există niciun viciu despre care să se discute sau modificare a ofertei.

Al doilea motiv este că și dacă prin absurd intimata ar fi trebuit să își dea seama că atunci când se spune intervenție nu trebuia să spună 10 minute ci 40 de minute, arată că există cel puțin un echivoc cu privire la această chestiune, respectiv niciăieri în documentația de atribuire, și nici autoritatea contractantă nu poate indica și chiar partea adversă spune că din ansamblul documentației de atribuire rezultă cu claritate, arată că nu este așa și nu rezultă din niciun document al documentației de atribuire ce înseamnă timp de intervenție și timp de remediere, prin urmare conduita avută de către intimată este cea logică în contextul în care se vorbea despre două criterii de evaluare distincte, adică pe de o parte trebuia să spună câte intervenții totale se pot face în 24 de ore și apoi un criteriu de evaluare distinct era timpul de intervenție. Or dacă ele nu ar fi două chestiuni diferite, atunci nu ar avea sens să fie două criterii de evaluare diferite care ar defini exact aceeași chestiune, pentru că dacă este numărul total de intervenții cu tot cu remediere pe 24 de ore se putea face împărțirea în funcție de cât puteau face maxim și astfel rezulta timpul de intervenție pentru fiecare. Dar tocmai faptul că există două criterii distincte dovedește că vorbim despre două noțiuni distincte, astfel că în mod corect s-a raportat intimata la documentația de atribuire și a explicat că timpul necesar pentru a ajunge acolo adică a interveni este diferit de timpul total de remediere, care îl include pe primul. De aceea arată că intimata nu și-a modificat oferta, toate aceste informații regăsindu-se în oferta inițială și ele poate au fost defalcate, detaliate, în răspunsul la clarificări, fără să constituie o modificare a ofertei inițiale. Astfel consideră că atât criticile autorității contractante cât și cele ale părții adverse sunt neîntemeiate, cu privire la toate celelalte argumente aduse arată că

motivele explicate nu fac obiectul contestației fiind doar un motiv de neconformitate invocat, iar caracterul lor netemeinic a fost detaliat și prin întâmpinare.

Concluzionând, solicită respingerea plângerilor și obligarea petenților la plata cheltuielilor de judecată în solid.

Având cuvântul în replică, reprezentanta petentei Elba Com SA solicită instanței să aibă în vedere dispozițiile art. 29 din Legea nr. 101/2016 potrivit cărora se poate face plângere împotriva deciziei CNSC de către oricare persoană vătămată. Petenta este persoană vătămată prin prisma art. 3 al aceleiași legi, și de asemenea arată că se menționează că se poate formula plângere cu privire la orice motive de nelegalitate și de netemeinicie, astfel că nici nu erau condiționați să formuleze cerere de intervenție în primul ciclu procesual ca să aibă dreptul prin plângere să invoce apărări în susținerea punctului de vedere, decizia CNSC vătămându-i petentei interesele. De asemenea, în ceea ce privește celelalte patru motive de neconformitate se menționează că nu ar fi condus la constatarea ofertei ca neconformă, însă indică în acest sens filele 12, 14, 16, 17 și 18 ale procesului-verbal al Comisiei de Evaluare din data de 15 iulie 2020, în care apare expres cu privire la toate cele patru motive de neconformitate suplimentare mențiunea de respingere a ofertei ca neconformă. Dispozitivul este clar și raportat la fiecare luat individual s-a dispus respingerea ofertei ca neconformă, clarificările fiind considerate neconcludente.

De asemenea, în ce privește necontestarea acelei decizii invocându-se că nu s-ar fi comunicat de către autoritatea contractantă cu toate că în adresa de înaintare se menționează că se anexează și acel proces-verbal și că toate motivele sunt menționate în acel proces-verbal, apreciază că se poate reține reaua-credință a societății Euro Audit, care, chiar dacă se poate considera că nu au primit documentul respectiv, tot se poate vedea într-un act că motivele sunt prevăzute în procesul-verbal și atunci arată că ar fi putut formula o adresă prin care să precizeze că nu i s-a comunicat procesul-verbal, or acest lucru nu s-a întâmplat, cu toate că procesul verbal a existat și la dosar în fața CNSC, a fost și comunicat, și chiar petenta prin plângere l-a anexat, fiind menționat că este depus în probațiune. Chiar dacă prin absurd acela ar fi fost primul moment la care s-ar fi comunicat acel proces-verbal al Comisiei, se pune întrebarea de ce nu s-a atacat la acel moment, apreciind că este vorba despre rea-credință și în niciun caz despre o acțiune frauduloasă a autorității contractante, apreciind că de acțiuni frauduloase a dat dovadă tocmai societatea Euro Audit prin ofertarea celor 10 minute cu viclenie, întrucât din ansamblul dosarului rezultă clar că a cunoscut ceea ce se solicita a se oferta, aspect ce rezultă și din necesități întrucât nu se poate ca un profesionist să considere esențial în cât timp se ajunge la intervenție, fiind de fapt esențial în cât timp se remediază intervenția.

Totodată apreciază că s-a cunoscut faptul că termenul de intervenție reprezintă termenul de remediere și rezultă clar din faptul că s-a menționat faptul că în 24 de ore se pot efectua 35 de intervenții, astfel că dacă s-ar face raportarea că intervenție înseamnă ajungere la locul incidentului adică 10 minute și dacă s-ar raporta la 24 de ore atunci ar fi trebuit să fie 144 de intervenții, deci din celălalt factor de evaluare rezultă clar că se cunoștea că intervenție înseamnă remediere, aici fiind o contradicție. Nicidecum nu se poate susține acest aspect, cu atât mai mult cu cât în contestația inițială la CNSC care a condus de altfel la reevaluare se face referire expresă de către societatea Euro Audit la faptul că cerințele autorității contractante sunt clare. Consideră astfel că cele 10 minute s-au oferit fraudulos știind ceea ce se solicitase a se oferta, cu siguranță dacă autoritatea contractantă se lăsa indusă în eroare oferta petentei era net inferioară ofertei Euro Audit și nu ar mai fi avut nicio șansă. Însă autoritatea contractantă a dat dovadă de vigilență și a solicitat clarificări, astfel clarificându-se situația respectivă printr-o modificare a ofertei. Consideră că solicitarea Euro Audit era ținută de oferta inițială, nu putea prin răspunsul la clarificări, cu încălcarea principiului liberei concurențe și principiului egalității de tratament, să își modifice oferta după ce a cunoscut ofertele celorlalți participanți la procedură.

Având cuvântul în replică, reprezentantul intimatului Euro-Audit Service SRL arată cu privire la procesul-verbal faptul că toate argumentele părții adverse se opresc la art. 92 alin. 2, respectiv documentele premergătoare întocmite de autoritatea contractantă, care puteau fi procese-verbale sau alte documente, însă ce contează în temeiul art. 92 alin. 2 este doar ceea ce s-a indicat intimatului în cuprinsul comunicării ca fiind rezultatul procedurii, doar acelea fiind manifestarea de voință a autorității contractante pentru respingerea ofertei. În rest arată că nu sunt relevante alte acte interne



care au fost formulate anterior, ele nefiind supuse comunicării și neproducând efecte juridice directe.

Cu privire la presupusa contradicție prezentată de către partea adversă arată că în niciun caz nu este o contradicție, fiind logic că nu se pot realiza simultan toate acele intervenții de aceea termenul de 24 de ore împărțit la 35 trebuie să dea timpul necesar pentru intervenție și remediere, pentru că nu pot avea loc toate deodată și de aceea trebuie privite în cascadă, apreciind astfel că nu este incidentă nicio contradicție.

Curtea aduce la cunoștința părților faptul că în timpul dezbaterilor pe fond s-a depus la dosar prin email prin intermediul serviciului registratură recipisa de consemnare a cauțiunii în copie.

În temeiul art. 394 C.Pr.Civ., Curtea declară închise dezbaterile și reține cauza în pronunțare.

## CURTEA

Deliberând asupra cauzei de față, constată următoarele

*Prin încheierea din data de 24.09.2020 promulgată în dosarul nr. 561/33/2020 a Curții de Apel Cluj*, având în vedere că sunt îndeplinite condițiile art. 139 Cod procedură civilă și vizând și poziția părților litigante la excepția de conexitate pusă în discuție la acest termen, s-a dispus conexarea dosarului nr. 561/33/2020 la dosarul nr. 554/33/2020 aflat pe rolul Curții de Apel Cluj.

**Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 554/33/2020 la data de 07.09.2020, petenta Municipiul Bistrița a solicitat în contradictoriu cu intimata Euro-Audit Service SRL, ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună în principal anularea Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020 privind soluționarea contestației formulate de contestatorul EURO AUDIT SERVICE SRL înregistrată la CNSC sub nr. 30337/29.07.2020, în subsidiar modificarea deciziei în ceea ce privește măsurile pe care trebuie să le ia autoritatea contractantă în concret pentru restabilirea legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor ce urmează a fi realizate.**

În motivare petenta susține că, elementul central declanșator al litigiului dedus judecății este împrejurarea că autoritatea contractantă Municipiul Bistrița a respins ca neconformă 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”, inițiată cu anunțul de concesiune nr. PC1001360, publicat în SEAP la data de 14.09.2019.

Prin Decizia CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, a fost soluționată contestația formulată de EURO-AUDIT SERVICE SRL împotriva adresei privind comunicarea de respingere a ofertei nr. 50186/22.07.2020, precum și a oricăror acte interne anterioare și/sau subsecvente și conexe acesteia, emise de către autoritatea contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, cu privire la modalitatea de evaluare a ofertei Euro-Audit. Astfel, CNSC a dispus: admiterea contestației în sensul anulării deciziei de respingere a ofertei contestatoarei; obligarea autorității contractante la continuarea procedurii, în 15 zile de la primirea deciziei, prin reevaluarea ofertei EURO-AUDIT SERVICE SRL, în raport cu subfactorul Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate, conform celor reținute în motivare; obligarea entității contractante la plata către contestatoare a sumei de 6.000 lei, cheltuieli ocazionate de contestație - onorariu avocat

Pentru ca instanța să poată analiza criticile noastre cu privire la Decizia contestată, considerăm că este important să redăm în extras, o parte din conținutul comunicării de respingere a ofertei nr. 50186/22.07.2020, deoarece motivele de neconformitate care au stat la baza deciziei comisiei de evaluare, sunt expuse în mod clar și explicit, iar CNSC le-a omis în analiză:

"Astfel, având în vedere:a) cerința evidentă și demonstrată a autorității contractante de a stabili și a solicita ca factor de evaluare tehnic, ofertarea unui termen de intervenție de la momentul sesizării justificate, în sensul de termen de soluționare, nu termen de deplasare;b) eroarea evidentă pe care o faceți în interpretarea cerinței autorității contractante cu privire la acest factor, respectiv, ofertarea unui termen de deplasare și nu a unui termen de intervenție = termen soluționare;c) faptul că, atât în propunerea tehnică cât și în cadrul răspunsului la solicitările de clarificare a comisiei de evaluare, chiar Dumneavoastră ați făcut o distincție clară între timpul de intervenție aferent unei

intervenție și timpul de deplasare; d) faptul că, documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. inclusiv pentru Dumneavoastră; e) faptul că, prin depunerea ofertei la procedura rezultă că v-ați însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu vă puteți scuza sau justifica nicio abatere de la prescripțiile ei. opozabile în cel mai mic detaliu; f) prevederile art. 82 alin. (1) din H.G. nr. 867/2016, cu modificările și completările ulterioare care prevăd în mod expres că "ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)". g) prevederile art. 82 alin. (1) lit. e) din H.G. nr. 867/2016, cu modificările și completările ulterioare care prevăd în mod expres că, "comisia de evaluare are obligația verificării propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini".

Comisia de evaluare constată că factorul de evaluare de natură tehnică "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate", oferit de Dumneavoastră în cadrul Propunerii tehnice nu este conform și nu satisface în mod corespunzător cerințele autorității contractante stabilite în mod clar, complet, corect și fără echivoc în cadrul documentației de atribuire.

Pe cale de consecință, în condițiile art. 93 alin. (3) din Legea nr. 100/2016, cu modificările și completările ulterioare, care statuează în mod expres că "oferta este considerată neconformă dacă este lipsită de relevanță față de obiectul contractului, neputând satisface în mod evident, fără modificări substanțiale necesitățile și cerințele autorității contractante indicate în documentele concesiunii (...)".

Comisia de evaluare constată că răspunsul Dvs. cu privire la factorul de evaluare "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate", nu este concludent urmând a face aplicarea prevederilor art. 89 alin. (1) coroborat cu alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 867/2016, cu modificările și completările, respectiv, respinge Oferta depusă de Dumneavoastră ca fiind Neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

Prin urmare, în considerarea celor mai sus menționate, în baza art. 58 alin. (3) din H.G. nr. 867/2016, comisia de evaluare vă informează că ați fost Respins în etapa de evaluare tehnică, și nu veți trece la următoarea etapă de verificare, respectiv, verificarea propunerii financiare."

Observând cu suficientă atenție textul redat anterior, se poate constata foarte clar că motivul pentru care oferta a fost respinsă ca neconformă este în principal pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele autorității contractante stabilite în mod clar, complet, corect și fără echivoc în cadrul documentației de atribuire, motiv care se încadrează în prevederile art. 93 alin. (3) din Legea nr. 100/2016.

Având în vedere că pe calea răspunsului la solicitarea de clarificări, Euro Audit nu a demonstrat conformitatea propunerii tehnice cu privire la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2 "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate", comisia a reținut incidența prevederilor art. 89 alin. (1) coroborat cu alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 867/2016, cu modificările și completările ulterioare, însă această situație derivă din primul motiv de neconformitate reținut.

Prin Decizia CNSC s-a reținut în mod eronat că : "Consiliul consideră incorectă decizia entității contractante de a considera oferta neconformă, pentru pretinsa nefundamentare reală a timpului".

Așa cum reiese atât din comunicarea de respingere a ofertei nr. 50186/22.07.2020, cât și din procesul verbal de analiză al comisiei de evaluare nr. 48283 / 15.07.2020 - care stă la baza luării deciziei de respingere - oferta a fost considerată neconformă nu pentru pretinsa nefundamentare reală a timpului, ci pentru că nu satisface în mod corespunzător cerințele autorității contractante, mai exact, pentru că la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2 "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate" s-a oferit un termen de 10 minute, care în realitate este termenul de deplasare și nu include și termenul de soluționare a deficienței la sistemul de iluminat public.

Pornind de la această idee, consideră că Decizia CNSC este incorectă deoarece pornește de la o premisă eronată. Evident că CNSC a luat în analiză motivele expuse de Euro Audit în contestația formulată - care a încercat să denatureze, sensul motivelor reținute de comisia de evaluare - însă a omis să analizeze cu atenție argumentele autorității contractante din cuprinsul punctului de vedere transmis fa dosar.



Unele dintre susținerile din contestație au fost considerate de CNSC în mod explicit ca fiind netemeinice, dintre acestea semnificative fiind cele referitoare la limitele reevaluării ulterioare/luării măsurilor de remediere și cele privitoare la incorecta raportare, de către autoritatea contractantă, în anumite criterii pe care le consideră clauze nescrise.

De asemenea, prin considerentele expuse în motivare, CNSC și-a însușit poziția autorității contractante cu privire la faptul că este de interes valoarea duratei de intervenție, în care se cuprinde și durata deplasării și că autoritatea contractantă a avut în vedere nu doar timpul de deplasare la o intervenție, ci și durata necesară rezolvării situației semnalate, aspect care reiese din modalitatea de stabilire a grilei de punctaj.

Prin urmare, chiar dacă Euro Audit arată prin propunerea tehnică în fundamentarea subfactorului de evaluare tehnic nr.1 - "Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore" că termenul de remediere este de 40 de minute. (care poate varia în funcție de complexitatea avariei/defecțiunii, lipsindu-i astfel caracterul ferm), acesta nu poate fi considerat ca fiind oferat în mod clar și neechivoc - la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2 - care este distinct și i se aplică un punctaj distinct.

Astfel, nu putem accepta abordarea CNSC care reține că ar fi trebuit luat în considerare - "analizat și punctat" - de către comisie timpul de remediere de 40 de minute - care include și timpul de deplasare - ca și cum acesta ar fi fost în mod efectiv oferat în propunerea tehnică depusă de ofertant.

În realitate, așa cum se poate observa din propunerea tehnică și din răspunsul la clarificări, Euro Audit a insistat în mod repetat că timpul de intervenție de la momentul sesizării justificate pe care înțelege să-l ofere este de 10 minute, iar comisia ar trebui să-l puncteze ca atare, cu punctaj maxim, ca fiind cel mai scurt timp de intervenție oferat.

Pentru ca instanța să-și poată forma o părere corectă asupra celor susținute, este important de analizat, prin comparație - atât propunerea tehnică, cu răspunsul la clarificări, cât și motivele reținute de CNSC în Decizie, evident prin raportare la prevederile documentației de atribuire.

Motivele reținute de CNSC și la care se vor referi criticile noastre sunt următoarele:

"Din analiza cererilor pe fond, Consiliul Constată că disputa este determinată de modalitatea de aplicare, față de oferta contestatoarei, a punctajului aferent subfactorului Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate, din cuprinsul factorului tehnic de evaluare a ofertelor, respectiv analiza modului de fundamentare a numărului de intervenții propus prin oferta contestatoarei. "

Această teză este eronată, deoarece disputa care face obiectul contestației soluționată prin Decizie este determinată de neconformitatea ofertei, pe motiv că nu s-a oferat ceea ce s-a solicitat de autoritatea contractantă cu privire la subfactorul de evaluare tehnic nr.2 "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate".

În mod greșit reține CNSC că analiza modului de fundamentare a numărului de intervenții propus prin oferta Euro Audit, (subfactorul de evaluare tehnic nr.1) ar fi condus la constatarea neconformității ofertei.

În realitate, este vorba de neconformitate în ceea ce privește timpul de intervenție oferat în mod concret de 10 minute - la subfactorul de evaluare tehnic nr.2.

Mai mult, neconformitatea nu derivă din lipsa de fundamentare, ci din faptul că timpul de 10 minute nu poate fi considerat de autoritatea contractantă ca fiind termen de intervenție - care să includă atât timp de deplasare cât și timpul aferent remedierii.

"Consiliul reține că, în raport cu numărul estimat de intervenții (propus în ofertă), contestatoarea a indicat termene de intervenție (aproximativ 10 minute) și durate de intervenție (aproximativ 40 minute), față de care entitatea contractantă a solicitat clarificări. Privind răspunsul contestatoarei.... Consiliul constată că, în fapt, de interes pentru entitatea contractantă era valoarea duratei de intervenție (40 minute), în care se cuprinde durata deplasării (10 minute)."

Prin această concluzie, CNSC recomandă autorității contractante să ia în considerare timpul total necesar pentru intervenție de 40 de minute în care se cuprinde durata deplasării de 10 minute, ca și cum Euro Audit ar fi oferat efectiv în cadrul propunerii tehnice un astfel de timp de intervenție (30 minute remediere + 10 minute deplasare) cu privire la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2.

Aplicarea unei astfel de recomandări, ar implica o încălcare gravă și flagrantă a atribuțiilor de către comisia de evaluare, care nu poate analiza oferta decât așa cum a fost ea întocmită de către ofertant, și nu prin prisma interpretărilor făcute de CNSC.

"Din modalitatea de stabilire a grilei de punctaj (mai puțin de 12 ore-10 puncte, între 12 și 24 ore - 6 puncte, între 24 și 48 ore - 2 puncte), se înțelege că entitatea contractantă a avut în vedere nu doar timpul de deplasare la intervenție, ci și durata necesară rezolvării situației semnalate".

Această concluzie a CNSC este corectă, tocmai de aceea timpul de 10 minute ofertat ca fiind termen de intervenție la sesizare - și pentru care se solicită aplicarea unui punctaj maxim -nu poate fi considerat că include și durata necesară rezolvării situației semnalate.

"Contestatoarea a indicat, și prin clarificări, faptul că termenul de remediere (40 minute) include și timpul de deplasare a echipei de intervenție (10 minute)

Prin această concluzie, CNSC admite că, de fapt, Euro Audit a ofertat cele 10 minute ca fiind timp de deplasare, care se include în termenul de remediere de 40 de minute. Astfel, nu se poate considera termenul de 10 minute ca fiind ofertat în mod corect la subfactorul de evaluare tehnic nr.2 - Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate.

"În consecință, 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 include și timpul de deplasare.

Aceasta este o concluzie greșită, deoarece timpul de 40 de minute nu a fost ofertat în propunerea tehnică la subfactorul de evaluare tehnic nr.2 - Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate, pentru a putea fi punctat.

"Văzând și raportul procedurii de atribuire, privind modalitatea de acordare a punctajului pentru primul subfactor (număr de intervenții), pentru oferta câștigătoare, în cuprinsul căreia se menționează că justificarea celor 35 de intervenții s-ar baza pe numărul maxim acceptat de autoritatea contractantă, Consiliul consideră că, implicit, oferta contestatoarei trebuia să beneficieze de un tratament egal, în sensul că se impunea a fi acceptat termenul de intervenție propus, pentru cea mai scurtă intervenție posibil.

Petenta consideră că este greșit să se "amestece" analiza celor doi subfactori de evaluare, tehnici, chiar dacă aceștia se intercon condiționează, pentru că astfel nu se mai poate realiza o evaluare corectă și nici aplicarea punctajului în mod corespunzător.

Evident că în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr.100/2016, cu modificările și completările ulterioare, ofertanții trebuie să beneficieze de un tratament egal, însă, când este vorba despre situații similare, comparabile în mod obiectiv, și în directă raportare cu prescripțiile documentației de atribuire și a ofertelor depuse.

Or, în cazul nostru, modalitatea de acordare a punctajului pentru subfactorul de evaluare tehnic nr.1 (numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore) a fost identică în cazul ambilor ofertanți, diferențele dintre ei existând în ceea ce privește subfactorul de evaluare tehnic nr.2, unde oferta câștigătoare a ofertat un interval de termen de intervenție de maxim 12 ore, iar Euro Audit a ofertat un termen de deplasare/mobilizare de maxim 10 minute.

Astfel, nu se pune poate problema că autoritatea contractantă ar fi trebuit să accepte un termen de 40 de minute în cazul Euro Audit, din moment ce acesta nu a fost efectiv ofertat la subfactorul de evaluare tehnic nr.2 Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate, ci el rezultă doar din analiza și interpretarea subfactorului de evaluare nr.1 Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore.

"Consiliul consideră incorectă decizia entității contractante de a considera oferta neconformă, pentru pretinsa nefundamentare reală a timpului". - pag. 14, paragraful al doilea

Oferta a fost considerată neconformă, nu pentru nefundamentarea reală a timpului, ci pentru că propunerea tehnică - cu privire la subfactorul de evaluare tehnic nr. 2 Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate nu corespunde cerințelor din documentația de atribuire, respectiv termenul de 10 minute ofertat de contestator nu include atât timpul de deplasare cât și timpul necesar realizării remedierii. Faptul că acest aspect era, de fapt, relevant pentru autoritatea contractantă, a admis și CNSC în conținutul deciziei contestate.

"Consiliul consideră că entitatea contractantă (prin comisia de evaluare) nu a aplicat corect, ofertei contestatoarei, regulile de evaluare din propria documentație de atribuire"

Petenta susține că nu este de acord cu această concluzie, deoarece în toate documentele întocmite de comisia de evaluare și care există la dosarul cauzei, sunt expuse pe larg atât modalitatea în care s-a făcut evaluarea - în contextul aplicării măsurilor de remediere - cu trimitere concretă la prevederile documentației de atribuire, cât și motivele de neconformitate reținute. Astfel, au fost evidențiate clar care au fost cerințele din documentație nerespectate și în ce constă nerespectarea acestora.

În concret, evaluarea propunerii tehnice în ceea ce privește subfactorul de evaluare tehnic nr.2 Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate și implicit acordarea punctajului, s-a făcut prin raportare la prevederile caietului de sarcini și la fișa de date. Nu în ultimul rând, analiza a fost făcută și prin comparație cu celelalte două propuneri tehnice care au fost depuse de ceilalți participanți la procedură (dintre care unul a fost exclus), tocmai în considerarea respectării principiului tratamentului egal.

"Entitatea contractantă s-a raportat la regulile de analiză a fundamentării valorilor propuse pentru punctajele aferente factorilor de evaluare, dar a considerat, eronat, că aceste valori ar releva neconformitatea ofertei."

CNSC a concluzionat în mod eronat că, problema de fond pentru autoritatea contractantă ar fi lipsa de fundamentare a valorilor propuse de ofertant și a omis cu totul faptul că termenul de 10 minute nu doar că este insuficient și neverosimil fundamentat chiar și pentru a fi luat în considerare ca timp de deplasare, dar acesta nu poate fi în nici un caz apreciat ca fiind oferit ca termen de intervenție de la momentul sesizării justificate - în sensul în care el este prevăzut în documentația de atribuire.

De altfel, cu privire la acest aspect, CNSC a fost de acord cu autoritatea contractantă că este de interes a fi analizat timpul de intervenție care include atât timpul de deplasare, cât și cel de remediere - or, în cazul contestatorului timpul de 10 minute oferit este clar că se referă doar la timpul de deplasare.

Chestiuni relevante din etapa prealabilă formulării contestației;

În primul rând, un aspect important care trebuie subliniat, este faptul că reevaluarea ofertelor nu s-a realizat de autoritatea contractantă, din oficiu, și într-un mod arbitrar, cu scopul de a găsi un pretext de respingere a nici unui dintre ofertanți, ci ca urmare a analizării primei contestații formulate de contestator, respectiv a tuturor argumentelor expuse în cadrul acesteia.

Astfel, măsurile de remediere care au fost dispuse, comunicate atât Euro Audit cât și către CNSC au vizat nu doar recalcularea punctajului acordat ofertei câștigătoare, ci o reanalizare a ambelor oferte din perspectiva factorilor de evaluare pe baza cărora s-a calculat punctajul.

Propunerea de adoptare a măsurilor de remediere a fost formulată și adoptată de comisia de evaluare în cadrul ședinței care a avut ca obiect analizarea contestației, dovadă în acest sens fiind procesul verbal de analiză nr. 37221 / 09.06.2020, din care redăm un extras:

"În considerarea respectării principiului asumării răspunderii, tratamentului egal și al proporționalității, este necesară adoptarea unor măsuri de remediere, cu privire la rezultatul procesului de evaluare a propunerilor tehnice și financiare depuse de ofertanții EURO-AUDIT SERVICE S.R.L și ELBA-COM S.A.

În concret se impune reanalizarea aprofundată și clarificarea factorilor de evaluare propuși de cei doi ofertanți, raportat la fundamentarea propunerilor tehnice depuse, în raport cu prevederile documentației de atribuire.

În acest sens, comisia de evaluare propune adoptarea următoarelor măsuri de remediere: anularea comunicării nr. 33861/25.05.202 în baza căreia ofertantul ELBA-COM S.A. a fost informat cu privire la faptul că a fost desemnat câștigătorul procedurii de atribuire cu un punctaj de 100 de puncte, din totalul maxim de 100 de puncte, anularea comunicării nr. 33862/25.05.2020 în baza căreia ofertantul EURO-AUDIT SERVICE S.R.L a fost informat cu privire la faptul că oferta depusă este acceptabilă și conformă, prin urmare admisibilă, și s-a clasat pe locul II cu un punctaj de 97,20 de puncte, din totalul maxim de 100 de puncte, anularea Raportului procedurii de atribuire nr. 31785/15.05.2020; anularea, în parte, a procesului-verbal nr. 26373/16.04.2020 privind evaluarea propunerii financiare, inclusiv verificarea conformității acesteia cu propunerea tehnică, cu privire la partea privind rezultatul aplicării factorului de evaluare financiar și a criteriului de atribuire "Oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere

economic"anularea, în parte, a procesului-verbal nr. 217'67/20.03.2020 privind evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare, cu privire la partea privind aplicarea factorilor de evaluare de natură tehnică.

Totodată, propunem dispunerea reevaluării, de către comisia de evaluare numită prin Dispoziția Primarului nr. 499 din data de 08.11.2019, a ofertelor depuse de cei 2 ofertanți, cu privire la aspectele mai sus menționate, respectiv:

- reanalizarea, aprofundată și clarificarea factorilor de evaluare propuși de cei doi ofertanți, raportat la fundamentarea ofertelor depuse, în raport cu prevederile documentației de atribuire."

Potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare: "(1) După primirea contestației, autoritatea contractantă poate adopta măsurile de remediere pe care le consideră necesare ca urmare a contestației, în cel mult trei zile de la primirea contestației. Măsurile adoptate trebuie comunicate contestatorului, celorlalți operatori economici implicați în procedura de atribuire, precum și Consiliului, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării lor. Pentru a fi aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, măsurile adoptate înainte de data-limită de depunere a solicitărilor de participare sau, după caz, a ofertelor se publică în SEAP. (2) în cazul procedurilor a căror inițiere nu se realizează prin publicare în SEAP, măsurile adoptate potrivit alin. (1) se comunică contestatorului și celorlalți operatori economici implicați în procedură, nu mai târziu de o zi lucrătoare de la data adoptării lor prin orice mijloc de comunicare prevăzut de legislația privind achizițiile publice, legislația privind achizițiile sectoriale sau legislația privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii, după caz."

Făcând aplicarea acestor prevederi legale, măsurile de remediere au fost concepute de comisia de evaluare într-o manieră care să permită reevaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare în cazul ambilor ofertanți, tocmai pentru a avea posibilitatea de a fi solicitate și primite clarificări cu privire la aceste aspecte.

Prin urmare, limitele reevaluării au fost stabilite de autoritatea contractantă, cu respectarea prevederilor legale, aspect care a fost comunicat și Euro Audit. Aceasta arată și în cuprinsul contestației că și-a exprimat punctul de vedere în sensul că sunt întrunite premisele necesare pentru ca, în etapa de reevaluare, autoritatea contractantă să reevalueze în mod corect ofertele depuse, cu respectarea strictă a cerințelor minime indicate în cuprinsul documentației de atribuire, inclusiv cele referitoare la justificarea termenului de intervenție ofertat de către participanți, dar și cele ale legislației, și să determine punctajul aplicabil fiecărei oferte cu luarea în considerare a aspectelor detaliate argumentat în contestația formulată de Euro Audit care formează obiectul dosarului nr. 1042/C3/2020, pe rolul CNSC.

Așa cum s-a arătat și în cuprinsul contestației, prin Decizia CNSC nr. 960/C3/12.06.2020 - pronunțată cu privire la prima contestație, CNSC a constatat că măsurile de remediere propuse concordă cu solicitarea formulată de către Euro Audit prin contestație, astfel că a fost respinsă contestația ca rămasă fără obiect. Prin urmare, CNSC nu a statuat prin decizie limitele reevaluării, lăsând la aprecierea autorității contractante acest aspect.

În contextul reevaluării, solicitările de clarificări transmise ambilor ofertanți au fost formulate prin raportare la susținerile Euro Audit din conținutul primei contestații, însă nu în mod limitativ, deoarece comisia a avut posibilitatea de a extinde și de a detalia analiza propunerilor tehnice, prin raportare la conținutul documentației de atribuire. Nu în ultimul rând, toate informațiile solicitate și obținute, au fost analizate în mod coroborat, și prin raportare la modul în care au înțeles toți cei trei ofertanți cerințele din documentația de atribuire.

Analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări precum și concluziile comisiei de evaluare se regăsesc în procesul verbal nr. 48283/15.07.2020 privind evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare. În cuprinsul acestui proces verbal au fost expuse în detaliu toate argumentele pentru care răspunsul formulat de Euro Audit este considerat ca fiind neconcludent în ceea ce privește subfactorul de evaluare tehnic nr.2 "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate". Astfel, pe cale de consecință au devenit incidente prevederile art. art.89 alin. (1) coroborat cu alin.(3) lit.a) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, potrivit cărora comisia are obligația de a respinge Oferta depusă de Euro Audit ca neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

Rezultatul reevaluării a fost transmis către Euro Audit prin comunicarea nr. 50186/22.07.2020, aceasta făcând obiectul contestației înregistrate la CNSC cu nr. 30337/29.07.2020.

Chestiuni relevante în soluționarea contestației

Față de criticile formulate pe calea contestației, autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere care fost transmis la CNSC, iar o parte din argumente au fost cinsuse în contextul soluționării contestației.

Totuși, cu privire la unele aspecte, susținerile nu au fost analizate sau nu au fost înțelese, astfel că le vom supune analizei instanței, în speranța că ele vor fi încadrate în mod corect într-un context mai larg și vor contribui la o mai bună înțelegere a speței:

Contestatorul a susținut că termenul de intervenție nu reprezintă și nu trebuia să reprezinte un termen de remediere. Reevaluarea care se fundamentează pe această interpretare străină de cerințele documentației de atribuire este nelegală

În urma analizei propunerii tehnice a Euro Audit, în special a justificării subfactorului de evaluare tehnic nr. 2 care face obiectul analizei, (Timpul de intervenție de la momentul sesizării justificate) precum și a răspunsului la solicitarea de clarificare, comisia de evaluare a constatat că Euro Audit, nu ofertează un termen de intervenție, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, ci, ofertează, în realitate, un termen/timp de deplasare, respectiv un termen/timp de a fi prezent la locul defecțiunii, incidentului sau avariei produse sistemului de iluminat public. Or, nicăieri în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă nu a solicitat ca operatorii economici să oferteze termenul de deplasare pe intervenție/punct luminos, ci, un termen de intervenție/punct luminos, de la momentul sesizării justificate.

În cazul în care autoritatea contractantă ar fi avut intenția să solicite ca factor de evaluare un termen/timp de deplasare la o sesizare justificată, ar fi menționat în mod expres această cerință în cadrul documentației de atribuire și ar fi stabilit intervale de timp foarte strânse, de ordinul minutelor, și nu al orelor, întrucât, relevant pentru autoritate nu este timpul de deplasare la o sesizare, ci timpul cât mai scurt de soluționare a acesteia.

Această cerință a autorității contractante, respectiv termenul de intervenție la o sesizare justificată, în sensul de soluționare a acesteia, și nu de timp de deplasare, este în primul rând susținută de natura serviciului care face obiectul contractului de concesiune. Respectiv, un serviciu de interes public.

În al doilea rând, cerința este susținută de scopul acestui contract de concesiune, în speță, asigurarea continuității și calității serviciului de iluminat public. Or, scopul contractului în baza căruia este prestat serviciul este realizat doar prin îndeplinirea obligației asumate de ofertant, respectiv, remedierea disfuncționalităților în sistemul de iluminat într-un anumit termen strict determinat, și nu timpul de deplasare la locul defecțiunii.

În al treilea rând, cerința autorității contractante este susținută de prevederile contractului de concesiune, care face parte integrantă din documentația de atribuire, contract care transformă factorul de evaluare termen de intervenție = termen de soluționare într-o obligație a cărei nerespectare este penalizată în consecință.

Astfel, art. 5.1.2. din propunerea de contract, care reglementează "Obligațiile specifice ale Delegatului", stabilește la lit.e), următoarea obligație expresă în sarcina operatorului de iluminat public:

"Să ia măsuri în maxim de ore de la primire pentru remedierea oricăror defecțiuni, deranjamente, reclamații/sesizări sau avarii în funcționarea Sistemului de Iluminat Public și să limiteze durata nefuncționalității iluminatului public. În cazul în care acest lucru nu este posibil,

Delegatul va motiva în scris prin adresă motivele și complexitatea lor și va solicita derogare din partea Delegatarului, fără a fi penalizat, propunând un termen de soluționare definitiv a acestora de maxim ore."

Drept urmare, este de domeniul evidenței că pentru autoritatea contractantă este relevant cu prioritate termenul (intervalul de timp) în care se remediază efectiv problema, și nu neapărat timpul necesar pentru operator pentru a fi prezent la fața locului. De altfel, aceasta este rațiunea pentru care nu timpul de deplasare sau de reacție a fost avut în vedere ca obligație contractuală (timp care, de altfel, nu este sub controlul autorității), ci termenul de intervenție = termen de soluționare, care este de esența contractului și a serviciului de interes public.

Având în vedere că termenul de intervenție la sesizare este un subfactor de evaluare care poate influența atât clasamentul ofertanților, cât și ulterior, modul de executare a contractului, de ce ar fi ales autoritatea contractantă să acorde punctaj pentru timpul în care operatorul ajunge la locul de intervenție, și nu pentru timpul necesar remedierii efective a problemei, din moment ce interesul public impune asigurarea continuității serviciului de iluminat, astfel că este important ca întreruperile să fie cât mai scurte, atunci când se produc? Astfel, contestatoarea nu poate susține că este fundamentat corect termenul de intervenție de 10 minute, atâta timp cât acesta nu cuprinde și termenul de remediere care este indicat ca fiind în medie de 40 minute.

Euro Audit a susținut în contestație că nu a folosit nici un moment sintagma Timpul de deplasare la o intervenție fundamentarea termenului de intervenție a avut în vedere atât timpul efectiv presupus de ajungerea echipajului la fața locului, dar și timpul necesar pentru realizarea propriu-zisă a intervenției, având în vedere resursele umane și materiale de care dispune ofertantul.

Această susținere nu este întemeiată, deoarece prin adresa nr. 518/29.06.2020, ofertantul a informat comisia de evaluare că în determinarea timpului de deplasare de maxim 10 minute la o intervenție, viteza de deplasare de 42 km/h este o viteză medie, care noaptea poate fi mai mare (viteza de deplasare putând atinge 50 km/h) întrucât circulația pe timp de noapte este mult mai lejeră, iar ziua mai mică (viteza de deplasare fiind mai mică de 34 km/h) întrucât traficul de zi este mai aglomerat. De asemenea, ofertantul menționează că, cităm: "termenul maxim de 10 minute de deplasare a echipei de intervenție la o reclamație sau sesizare justificată, atât pe timp de zi cât și pe timp de noapte, este perfect justificat, întrucât la determinarea lui s-a ținut seama prin raportare la condițiile de trafic, de distanța de amplasare a locației de staționare a echipelor de intervenție operative și limitele Sistemului de iluminat public existent în fiecare localitate componentă".

S-a susținut prin contestație că timpul mediu calculat pentru o intervenție la un punct luminos este de 5 minute, astfel că până la expirarea termenului de intervenție propus de 10 minute, se vor iniția operațiunile pentru procedura de intervenție în vederea remedierii efective a defectului la punctul luminos. Remedierea propriu-zisă urmează a se încadra în media de 40 de minute /defect intervenție; raportat la complexitatea defectului sesizat, timpul de remediere poate fi mai mare sau mai mic de 40 minute/defect intervenție - pct. 35; La termenul de intervenție ofertat (10 minute) se adaugă termenul de remediere mediu/defect/punct luminos, ceea ce face posibilă realizarea efectivă numărului de 35 de intervenții declarate în cadrul propunerii tehnice. - pct. 36

Euro Audit a confirmat chiar în cuprinsul contestației că interpretarea comisiei a fost corectă, respectiv că timpul de 10 minute ofertat se referă la deplasarea utilajelor de intervenție pentru a ajunge la intervenție, iar remedierea propriu-zisă urmează a se încadra în media de 40 de minute/defect/intervenție, raportat la complexitatea defectului sesizat., timpul de remediere poate fi mai mare sau mai mic de 40 de minute/defect intervenție.

S-a susținut prin contestație că nu se poate pune semnul egalității între termenul de intervenție și termenul de remediere a defecțiunilor reclamate.

Dacă ar fi să mergem pe această interpretare, termenul de intervenție ar trebui să fie distinct de termenul de remediere, ceea ce conduce din nou la întrebarea de ce ar fi interesată autoritatea contractantă cu precădere de timpul în care operatorul ajunge la fața locului, în detrimentul termenului de remediere efectivă a defecțiunii. În opinia noastră, este de domeniul evidenței că termenul de intervenție trebuie să includă atât deplasarea cât și remedierea efectivă, ceea ce îl face suficient de relevant pentru a asigura o eventuală departajare a ofertanților și pentru a se constitui într-un indicator de performanță al serviciului. Doar așa poate fi evaluată sau eventual sancționată activitatea de intervenție a operatorului în derularea contractului - prin verificarea respectării acestui termen de intervenție asumat prin ofertă.

Deși nu există inserată în conținutul documentației o definiție a termenului de intervenție, aceasta poate fi dedusă din definițiile termenilor folosiți cu privire la factorul de evaluare "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate". Astfel, conform Dex, termen este definit ca: "interval de timp stabilit dinainte, în limita căruia trebuie să se îndeplinească sau să se întâmple ceva". Intervenție este definit ca: "acțiunea de a interveni și rezultatul ei".

Alte motive de neconformitate a ofertei

Suplimentar de aceste argumente pe care le-am expus ca răspuns la susținerile Euro Audit, vom arăta în continuare, în completare, care au fost și celelalte motive de neconformitate ale ofertei



- toate fiind în directă corelare cu subfactorul de evaluare tehnic nr.2 - "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate".

În fapt, chiar dacă oferta ar fi fost conformă strict cu privire la termenul concret de intervenție oferit, există și alte elemente de neconformitate identificate de comisia de evaluare, în etapa de reevaluare, dar care nu au fost detaliate în comunicarea transmisă către Euro Audit, acestea fiind doar subsidiare și subsumate motivului principal de neconformitate, însă sunt relevante în egală măsură. Acestea au fost supuse atenției CNSC, însă nu au fost analizate.

#### Motiv de neconformitate subsidiar

Prin solicitarea de clarificare nr.2.2. (din adresa nr.41908/24.06.2020) comisia de evaluare a solicitat clarificarea raționamentului pentru care s-a oferit un termen maxim (sau minim?) de intervenție "în condiții normale și/sau speciale ( ), după încetarea condițiilor speciale", având în vedere că: pe de o parte, nicăieri în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă nu a menționat că în calculul termenului de intervenție se vor lua în considerare condițiile normale sau speciale meteorologice, și nici că acest termen va începe să curgă după încetarea condițiilor speciale; iar pe de altă parte, în conformitate cu prevederile art.6.1. din modelul de contract de delegare a gestiunii, prin concesiune, limitarea răspunderii pentru nerespectarea obligațiilor contractuale, inclusiv a termenului de intervenție, operează exclusiv cu privire la motivele limitativ enumerate la litera a) - g) din contract.

Mai mult, comisia de evaluare a constatat că, în practică, tocmai existența unor condiții speciale de natura celor invocate (furtună, vânt puternic, ploi torențiale, etc.) necesită intervenția echipajului/echipajelor pentru remedierea deficiențelor din sistemul de iluminat public.

Euro Audit a răspuns în termen, prin adresa nr.518/29.06.2020, și a informat comisia de evaluare că termenul maxim de intervenție oferit prin propunerea tehnică, pct.1.3.b), pag.9, este de maxim 10 minute, atât în condiții normale cât și în condiții naturale speciale (furtună, vânt puternic, ploi torențiale, furtuni viscolite, chiciură, cutremure, etc.), cu mențiunea că, pentru condițiile naturale speciale, termenul de intervenție de 10 minute va începe după terminarea caracterului special al acestor condiții.

De asemenea, a informat comisia de evaluare că, cităm: "raționamentul pentru care trebuie specificat caracterul condițiilor și necesitatea intervenției este unul extrem de important, având în vedere că activitatea de intervenții se realizează cu OAMENI, iar aceștia nu pot fi expuși unor iminente accidente ca urmare a existenței unor condiții naturale speciale, fenomene care aflate în desfășurare nu permit lucrul în instalații/e electrice, fără riscuri majore pentru personalul de execuție și responsabilități enorme pentru factorii de decizie care ar permite executarea unor asemenea activități pe timpul desfășurării acestor fenomene".

Totodată, în partea de final a răspunsului la solicitarea de clarificare nr.2.2., Euro Audit a menționat următoarele, cităm: "faptul că dumneavoastră nu ați prevăzut în Caietul de sarcini și posibilitatea existenței unor astfel de condiții, iar noi, fiind o societate cu experiență în astfel de contracte de lucrări am considerat să le avem în vedere"

În urma analizei răspunsului, comisia de evaluare a constatat că, chiar și în ipoteza în care Euro Audit nu s-ar fi aflat într-o eroare vădită în ceea ce privește cerința expresă și fără echivoc a autorității contractante, și ar fi oferit un termen de intervenție, și nu un termen de deplasare: pe de o parte nesocotește prevederile documentației de atribuire, (care nefiind contestată sau clarificată până la data limită de depunere a ofertelor își consolidează forța obligatorie între părți) și adaugă cerințe pe care autoritatea nu le-a avut în vedere la momentul publicării anunțului, respectiv, condiții normale cât și condiții naturale speciale (furtună, vânt puternic, ploi torențiale, furtuni viscolite, chiciură, cutremure, etc.) iar pe de altă parte, condiționează, limitează și restricționează termenul de intervenție, de existența unor condiții meteorologice care nu au fost nicăieri specificate în documentația de atribuire și nici nu au fost avute în vedere de autoritate la momentul publicării anunțului de concesiune.

Mai mult, comisia de evaluare a constatat că, atât în Caietul de Sarcini (pag.44) cât și în Fișa de date a achiziției, Secțiunea IV.4.1 "Modul de prezentare al propunerii tehnice", Punctul IV, lit. a), paragraf 1, autoritatea contractantă a specificat în mod expres, cităm: "Cu excepția eventualelor constrângeri de natură tehnică și/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau

restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă".

De asemenea, suplimentar față de cele expuse mai sus, comisia a sesizat, în mod corect, că sigurele situații care limitează angrenarea răspunderii pentru nerespectarea obligațiilor contractuale, în speță, termenul de intervenție, operează exclusiv cu privire la motivele limitativ enumerate la art. 6.1. literele a) - g) din propunerea de contract, respectiv: a) Fulgerarea (trăsnetul) unuia din elementele instalației; b) Vânt cu viteză mai mare de 120km/h; c) Ceața (în ceea ce privește nivelul de iluminare); d) Întreruperea alimentării de operatorul de distribuție de energie electrică, din motive independente de Delegat; e) Deteriorarea rețelelor din cauza pagubelor rezultate din acte de vandalism, accidente rutiere sau sustragere (furt) de componente sau echipamente ale Sistemului de Iluminat Public. Delegatul va anunța în scris în acest caz autoritățile ce au competențe legale de anchetare a actelor de vandalism, accidentelor rutiere și sustragerea (furtul) de componente sau echipamente ale Sistemului de Iluminat Public; f) Deficiența funcționare a instalațiilor din cadrul Sistemului de Iluminat Public cauzată de o lucrare care nu intră în domeniul de aplicare a acestui Contract și în special datorită existenței unei alte rețele de utilități publice (apă, gaz, termoficare, electricitate, telefonie, drumuri), precum și a cablurilor montate subteran sau la construcția subsolurilor; g) Întreruperea alimentării cu energie electrică la cererea expresă a Delegatarului.

Astfel, din analiza răspunsului Euro Audit la solicitarea de clarificări reiese că orice activitate de intervenții, în sistemul de iluminat public, inclusiv cea necesară pentru scoaterea de sub tensiune și a securizării perimetrului unde au loc avarii sau incidente cauzate de desfășurarea evenimentelor meteorologice speciale, va fi sistată până la momentul încetării condițiilor meteorologice cu caracter special, condiționalitate care contravine principiului responsabilității în asigurarea serviciului public dar și al luării tuturor măsurilor de protecție a beneficiarilor/utilizatorilor finali ai acestui serviciu.

Având în vedere cele mai sus expuse, comisia de evaluare a constatat că răspunsul contestatorului nu a fost concludent, făcând astfel aplicarea prevederilor art.89 alin. (1) coroborat cu alin.(3) lit.a) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, respectiv, respingând oferta depusă de Euro Audit ca neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

#### Motiv de neconformitate subsidiar

Suplimentar față de condițiile normale și/sau speciale meteorologice, în calculul termenului de intervenție oferit, Euro Audit s-a raportat, în repetate rânduri, și la gradul de complexitate al intervențiilor, respectiv: intervențiile de complexitate redusă, obișnuite, care vor fi soluționate de echipele de intervenție operative din teren, iar cele de complexitate ridicată vor fi raportate șefului punctului de lucru care va decide cu privire la modul de soluționare al acestora, întrucât: nicidecum în cadrul documentației de atribuire autoritatea contractantă nu a menționat că termenul de intervenție se va raporta și la gradul de dificultate și complexitate al sesizărilor, raportat la faptul că Euro Audit s-a obligat în mod expres la, cităm: "respectarea întocmai a termenelor de intervenție la apariția oricărui defect sau avarii solicitate prin caietul de sarcini".

Comisia de evaluare a solicitat prin clarificarea nr. 2.2. din adresa mai sus indicată să se clarifice posibilitatea efectivă și obiectivă a echipei de intervenție, de a interveni, în maxim 10 minute de la momentul primirii sesizării, la o defecțiune de complexitate medie sau ridicată, care excede competența sa. și care, așa cum expres a menționat Euro Audit, va fi direcțională șefului punctului de lucru care va decide modul de soluționare a acesteia.

Prin adresa de răspuns, se menționează în mod expres că, cităm: "Termenul de intervenție pentru toate sesizările și reclamațiile justificate este de maxim 10 minute de la momentul primirii sesizării sau reclamației prin orice mijloc legal de informare, prin dispecerat sau reprezentanții desemnați ai municipiului Bistrița. Termenul mediu de remediere a unei defecțiuni care înc/ude și timpul de intervenție este de 40 de minute cu asumarea obligației remedierii într-un interval de 24 de ore a unui număr de 35 de intervenții. Termenul de 40 minute/intervenție este un termen mediu calculat și poate fi diferit (mai mare sau mai mic) de la o intervenție la alta, în funcție de complexitatea acestora"

În continuarea răspunsului, se arată că: "intervențiile în SIP de o complexitate medie sau ridicată, care exced competența echipelor de intervenție operativă, vor fi rezolvate de echipele de

intervenție complexe, format din personal de specialitate cu studii superioare, înalt calificat, din cel nominalizat în Propunerea tehnică depusă, având la dispoziție utilajele, instalațiile, mijloacele de transport și aparatele de măsură și control corespunzătoare nominalizate în propunerea tehnică depusă "

În urma analizei răspunsului Euro Audit, comisia de evaluare a constatat, punctual, următoarele: Chiar în ipoteza în care ofertantul nu s-ar afla într-o eroare vădită în ceea ce privește cerința expresă și fără echivoc a autorității contractante, și ar fi oferat un termen de intervenție, și nu un termen de deplasare, pe de o parte, condiționează, termenul de intervenție, de gradul de complexitate al intervențiilor, respectiv, cităm: "intervențiile în SIP de o complexitate medie sau ridicată, care exced competența echipelor de intervenție operativă, vor fi rezolvate de echipele de intervenție complexe" pe de altă parte, prin condiționalitatea impusă, își modifică caracterul ferm al termenului de maxim 10 minute într-un termen incert, care, conform prevederilor din Propunerea tehnică a Contestatorului, începe să curgă nu de la momentul primirii sesizării justificate, ci de la momentul la care șeful punctului de lucru decide modul de rezolvare și constituie echipele de intervenție complexe în vederea programării lor pentru remediere.

Or, atât în Caietul de Sarcini (pag.44) cât și în Fișa de date a achiziției, Secțiunea IV.4.1 "Modul de prezentare al propunerii tehnice", Punctul IV, lit. a), paragraf 1, autoritatea contractantă a specificat în mod expres, cităm: "Cu excepția eventualelor constrângeri de natură tehnică si/sau legală, în cazul în care vor exista limitări, condiționări sau restricții impuse de ofertant în raport cu cerințele caietului de sarcini, oferta va fi declarată ca fiind neconformă".

De asemenea, comisia de evaluare a constatat că, în elaborarea propunerii tehnice depuse, Euro Audit nu a ținut cont de prevederile art.77 alin. (1) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, respectiv "nu a elaborat oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)", iar prin răspunsul la solicitarea de clarificare, a încălcat prevederile art.78 alin. (1) din același act normativ, care stipulează că "oferta are caracter obligatoriu,, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de autoritatea contractantă și asumată de ofertant".

Având în vedere cele mai sus expuse, comisia de evaluare a constatat că răspunsul nu este concludent, făcând aplicarea prevederilor art. 89 alin. (1) coroborat cu alin.(3) lit.a) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, respectiv, a respins Oferta depusă de Euro Audit ca Neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

#### Motiv de neconformitate subsidiar

Așa cum rezultă din modul de justificare a subfactorului de evaluare nr.2. lungimea municipiului Bistrița de la nord la sud și de la vest la est, este determinantă în stabilirea termenului de intervenție de maxim 10 minute ofertat. Astfel, s-a solicitat să se clarifice următoarele: dacă în determinarea acestei lungimi ofertantul s-a raportat la limita administrativă a municipiului, inclusiv cele 6 localități componente care-l alcătuiesc, respectiv, Vișoara, Sărata, Ghinda, Unirea, Sigmir, Slătinița, dacă în determinarea lungimii municipiului s-a raportat la parcurgerea anumitor trasee (străzi) precum și la configurarea și particularitatea traseelor existente în aria de prestare a serviciului (multe sensuri unice, sensuri giratorii, cai ferate, etc.)

Euro Audit răspuns în termen, prin adresa nr. 518/29.06.2020, și a informat comisia de evaluare că distanța luată în calcul, respectiv 13 km de la N-S și de 11,2 km de la E-V, aferentă limitelor administrative ale Municipiului Bistrița și cele 6 localități componente, a fost calculată prin GPS cu software-ul de distanțe rutiere, între cele mai îndepărtate puncte ale sistemului de iluminat public. La aceste distanțe rutiere au fost aplicate anumite corecții având rolul de a ține seama de aspectele menționate de comisia de evaluare în solicitarea de clarificare.

În urma analizei răspunsului ofertantului, comisia de evaluare a constatat, punctual, următoarele: în primul rând, așa cum comisia a detaliat și concluzionat în cadrul analizei răspunsului la solicitarea de clarificare nr.2.1., ofertantul nu ofertează un termen de intervenție, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, ci, un termen/timp de deplasare, respectiv un termen/timp de a fi prezent la locul defecțiunii, incidentului sau avariei produse sistemului de iluminat public. În al doilea rând, chiar în ipoteza în care ofertantul nu s-ar afla într-o eroare vădită în ceea ce privește cerința expresă și fără echivoc a autorității contractante, și ar fi oferat un termen de intervenție, și nu un termen de deplasare, comisia de evaluare constată că ofertantul, nu clarifică

solicitarea comisiei, rezumându-se doar la a menționa că distanța a fost calculată prin GPS, cu software-ul de distanțe rutiere, la care au fost aplicate anumite corecții.

Având în vedere cele mai sus expuse, comisia de evaluare a constatat că răspunsul ofertantului nu este concludent, făcând aplicarea prevederilor art.89 alin. (1) coroborat cu alin.(3) lit.a) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, respectiv, și a respins oferta depusă de Euro Audit ca neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

Motiv de neconformitate subsidiar

Cu privire la viteza medie de deplasare a autovehiculului de intervenție de 42 de km/h, de asemenea determinantă în stabilirea termenului de intervenție de maxim 10 minute (minim?), comisia de evaluare a constatat că în determinarea acestei viteze Euro Audit s-a raportat exclusiv la condițiile de trafic pe timp de noapte.

Întrucât sunt intervenții care pot fi efectuate în special pe timp de zi, respectiv, înlocuire corpuri de iluminat, schimbare tronson cabluri, înlocuire stâlpi, verificări prize de pământ, etc, comisia de evaluare a solicitat ca ofertantul să clarifice următoarele: posibilitatea efectivă și obiectivă a echipajului de a interveni, atât pe timp de zi cât și pe timp de noapte, în termenul maxim de 10 minute ofertat, prin raportare la condițiile de trafic, distanța dintre centrul municipiului și fiecare localitate componentă în parte, precum și raportat la configurația și particularitatea traseelor existente în municipiu (sensuri unice, căi ferate, multitudine de sensuri giratorii).

Euro Audit a răspuns în termen, prin adresa nr.518/29.06.2020, și a informat comisia de evaluare că în determinarea timpului de deplasare de maxim 10 minute la o intervenție, viteza de deplasare de 42 km/h este o viteză medie, care noaptea poate fi mai mare (viteza de deplasare putând atinge 50 km/h) întrucât circulația pe timp de noapte este mult mai lejeră, iar ziua mai mică (viteza de deplasare fiind mai mică de 34 km/h) întrucât traficul de zi este mai aglomerat.

De asemenea, a menționat că, cităm: "termenul maxim de 10 minute de deplasare a echipei de intervenție la o reclamație sau sesizare justificată, atât pe timp de zi cât și pe timp de noapte, este perfect justificat, întrucât la determinarea lui s-a ținut seama prin raportare la condițiile de trafic, de distanța de amplasare a locației de staționare a echipelor de intervenție operative și limitele sistemului de iluminat public existent în fiecare localitate componentă".

În urma analizei răspunsului Euro Audit, comisia de evaluare a constatat, punctual, următoarele: în primul rând, așa cum comisia a detaliat și concluzionat în cadrul analizei răspunsului la solicitarea de clarificare nr.2.1., ofertantul nu oferă un termen de intervenție, așa cum a fost solicitat prin documentația de atribuire, ci, un termen/timp de deplasare, respectiv un termen/timp de a fi prezent la locul defecțiunii, incidentului sau avariei produse sistemului de iluminat public, în al doilea rând, chiar în ipoteza în care ofertantul nu s-ar afla într-o eroare vădită în ceea ce privește cerința expresă și fără echivoc a autorității contractante, și ar fi ofertat un termen de intervenție, și nu un termen de deplasare, comisia de evaluare constată următoarele:

Prin răspunsul la solicitarea de clarificare, încalcă prevederile art. 87 (alin.6) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, și își modifică conținutul propunerii tehnice, în sensul că, în determinarea vitezei de deplasare Ofertantul s-a raportat exclusiv la condițiile de trafic pe timp de noapte, iar pe calea răspunsului la solicitarea de clarificare se raportează atât la condițiile de trafic atât pe timp de noapte cât și pe timp de zi.

Având în vedere că, așa cum rezultă din documentația de atribuire, relevant pentru autoritatea contractantă este termenul de intervenție = termen soluționare, și nu termenul de deplasare, așa cum reiese în clar și fără echivoc din propunerea tehnică depusă, comisia de evaluare constată că răspunsul ofertantului nu este concludent, făcând aplicarea prevederilor art.89 alin. (1) coroborat cu alin.(3) lit.a) din H.G. nr.867/2016, cu modificările și completările, respectiv, și a respins oferta depusă de Euro Audit ca Neconformă, întrucât nu satisface, în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini.

În subsidiar, în temeiul art. 34, alin. 1, lit. b), din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, petenta solicită modificarea deciziei în ceea ce privește măsurile pe care trebuie să le ia autoritatea contractantă în concret pentru restabilirea legalității, cu indicarea clară și precisă a operațiunilor ce urmează a fi realizate.

În situația menținerii Deciziei CNSC - care face obiectul prezentului dosar - autoritatea contractantă va trebui să o pună evident în aplicare, ceea ce presupune: "continuarea procedurii prin reevaluarea ofertei Euro-Audit Service SRL, în raport cu subfactorul de evaluare tehnic nr.2 Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate, conform celor reținute în motivarea deciziei."

Astfel, în ipoteza menținerii deciziei CNSC prin soluția pe care o va pronunța instanța, autoritatea contractantă va trebui să revină la momentul în care se afla procedura înainte de prima contestație - când ambele oferte au fost considerate conforme (atât propunerea tehnică cât și cea financiară) - și să aplice punctajul, conform documentației de atribuire - însă cu respectarea dispozițiilor CNSC din cuprinsul motivării Deciziei nr. 1441/C3/1525.

Prin urmare, problema care intervine pentru autoritatea contractantă este ce anume trebuie să ia în considerare pentru aplicarea punctajului la subfactorul de evaluare tehnic nr.2 Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate - astfel încât să fie respectate atât prevederile documentației de atribuire, cât și cele din decizie, prin raportare la modul concret în care au fost întocmite propunerile tehnice ale ambilor ofertanți.

Nu în ultimul rând, este important să fie respectat și principiul egalității de tratament în aplicarea punctajului celor două oferte.

În concret, în ceea ce privește termenul de intervenție avem următoarea situație, care reiese din conținutul ofertelor:

Dacă în ceea ce privește subfactorul de evaluare tehnic nr.1, lucrurile sunt clare, deoarece ambii ofertanți au oferat un număr egal de intervenții - 35 - în 24 de ore, în ceea ce privește cel subfactorul de evaluare tehnic nr.2, CNSC a stabilit prin decizie că în ceea ce privește oferta Euro Audit "nu timpul de 10 minute, de deplasare la intervenție, era de interes de a fi analizat și punctat, ci timpul de remediere, adică cele 40 de minute care include și timpul de deplasare." ... Consiliul consideră că oferta contestatoarei trebuia să beneficieze de tratament egal, în sensul că se impunea a fi acceptat termenul de intervenție propus, pentru cea mai scurtă intervenție posibil. - pagina 13 din decizie.

Prin urmare, intervine întrebarea: în cazul ofertei Euro Audit autoritatea contractantă ar trebui să aplice punctajul pentru timpul de 40 de minute - așa cum se stabilește în Decizie - chiar dacă acest timp de intervenție nu este în mod concret și real oferat ca atare în propunerea tehnică ? Și în situația în care s-ar interpreta așa, nu s-ar încălca în mod flagrant atât prevederile documentației de atribuire, cât și principiul tratamentului egal pentru ofertanți ?

Pe de altă parte, din moment ce s-a stabilit ca timpul de 40 de minute include și timpul de 10 minute de deplasare, nu ar rezulta că în realitate timpul de intervenție ar fi de 30 minute?

Într-o astfel de abordare, ar trebui ca și în cazul celui alt ofertant Elba Corn - care a oferat un interval de timp - maxim 12 ore - punctajul să fie acordat în funcție de termenul de intervenție propus, pentru cea mai scurtă intervenție posibil, care în cazul său ar fi în medie 30 de minute, conform precizărilor făcute pe calea răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 41908/24.06.2020. în plus, dacă ne raportăm la răspunsul formulat de Elba Corn, în care se indică un termen de 15 minute pentru cea mai scurtă intervenție pentru un punct luminos. - fără a include și timpul de deplasare - se pune din nou întrebarea cum se va aplica punctajul pentru acest subfactor de evaluare?

Pe de altă parte, în situația în care comisia de evaluare ar proceda la o evaluare într-o astfel de manieră, ar echivala practic cu modificarea ofertelor, ceea ce este ilegal.

**În apărare a formulat întâmpinare intimată Euro-Audit Service SRL.** solicitând respingerea plângerii ca neîntemeiată, cu consecința menținerii Deciziei nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, ca fiind legală și temeinică și obligarea petentei la plata cheltuielilor de judecată.

Plângerea formulată se impune a fi respinsă în raport de următoarele considerente:

Termenul de intervenție nu reprezintă un termen de remediere conform documentației de atribuire; interpretarea contrară reprezintă o completare nepermisă a documentației de atribuire care nu poate fi opusă ofertanților cu prilejul respingerii ofertelor lor

Documentația de atribuire nu pune semnul egalității între noțiunile de "termen de intervenție" și "termen de remediere". Nici Fișa de date, nici Caietul de sarcini nu definesc termenul de intervenție ca fiind termenul/timpul de soluționare a reclamației sesizate, astfel cum susține Autoritatea contractantă. Prevederile referitoare la termenul de intervenție sunt clare și lipsite de

echivoc, termenul de intervenție nefiind stipulat ca termen de remediere efectivă a defectiunii sesizate, astfel cum a interpretat Autoritatea contractantă abia în prezent. Subscrisa nu putea anticipa, desigur, maniera în care Autoritatea urma să interpreteze o cerință, după cum nici nu putea contesta o variantă interpretativă extinsă, de altfel illogică până și în prezent.

În măsura în care cele două termene (termenul de intervenție și cel de remediere a defectului sesizat) s-ar confunda, astfel cum susține Autoritatea contractantă, care este rațiunea pentru care autoritatea a prevăzut, în cuprinsul documentației de atribuire, criteriul de evaluare 2 - "Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 ore"? În cazul în care s-ar pune semnul egalității între noțiunile de "termen de intervenție" și "termen de remediere", numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore ar putea fi determinat printr-o simplă împărțire a timpului de 24 ore la termenul de intervenție/punct luminos (care, în interpretarea autorității, ar include și remedierea defectului), declarat și fundamentat de către fiecare ofertant în cadrul Propunerii tehnice. Prin urmare, în această situație era lipsită de sens introducerea criteriului de evaluare 2.

Având în vedere acest aspect extrem de important, societatea noastră a declarat un număr de 35 de intervenții pe care le poate realiza într-un interval de 24 ore. Termenul de intervenție oferit de către Euro Audit este de maxim 10 minute/intervenție, iar cel de remediere propriu-zis al defectului sesizat de 30 de minute. Cele două termene (termenul de intervenție și termenul de remediere a defectului sesizat) sunt două categorii distincte stabilite de practică, sens în care se arată următoarele:

În cadrul termenului de intervenție, echipa de intervenție operativă se deplasează de urgență la locul defectului sesizat pentru a limita operativ efectele negative ale defectului asupra sistemului de iluminat public și, apoi, pentru a constata cauzele, întinderea, modalitatea, estimarea mijloacelor materiale și umane necesare pentru remedierea completă a defectului sesizat și aducerea instalațiilor afectate în parametrii tehnici și funcționali inițiali;

În cadrul termenului de remediere a defectului sesizat, echipa de intervenție operativă își pregătește cu mare atenție organizarea de șantier și execuție a lucrărilor de remediere a defectului, pregătind toate mijloacele materiale și umane necesare (identificate în faza de intervenție anterior menționată), inclusiv cele privind implementarea măsurilor de protecție și semnalizare la locul defectului pentru asigurarea securității salariaților și/sau a traficului și a persoanelor aflate în zona de lucru a echipei de remediere.

Imposibilitatea suprapunerii celor două termene, în sensul avut în vedere de către Autoritatea contractantă (termenul de intervenție și termenul de remediere a defectului), derivă și din faptul că sesizarea unui defect, de către autoritate, nu cuprinde și nici nu poate cuprinde vreodată indicarea clară, precisă a elementelor defectului, așa cum au fost acestea indicate supra. Prin urmare, echipei de intervenție operative care se deplasează la locul defectului sesizat îi revine, în primul rând, misiunea de a limita efectele distructive ale defectului asupra celorlalte componente ale sistemului de iluminat public și, în al doilea rând, misiunea de a stabili modalitatea de remediere și mijloacele materiale și umane necesare remedierii defectului. În condițiile în care cele două termene (intervenție și remediere) s-ar suprapune, echipa de intervenție operativă ar trebui să fie însoțită, în mod permanent, de un depozit ambulant (mobil) care să dispună de toate felurile de materiale și componente electrice necesare remedierii oricărui tip de defect apărut, precum și de o echipă permanentă cu personal tehnic de specialitate, indiferent de întinderea sau gravitatea defectului sesizat, ceea ce ar fi de neconceput. În realitate, însă, atât mijloacele materiale necesare remedierii defectului, cât și personalul de specialitate necesar, se regăsesc în permanență la punctul de lucru declarat în Propunerea tehnică și numai în urma intervenției echipei operative, pe baza constării acesteia cu privire la necesarul de mijloace materiale și umane pentru remedierea defectului, se va putea organiza activitatea de remediere efectivă a defectului sesizat.

Contrar susținerilor Autorității contractante, Euro Audit a oferit și fundamentat un termen de intervenție, cu respectarea strictă a cerințelor documentației de atribuire. Respingerea ofertei, de către Autoritatea contractantă este consecința unei aplicări eronate a regulilor / cerințelor de evaluare din documentația de atribuire, astfel cum reține, în mod corect, Decizia CNSC". Fără a relua argumentația din contestație, Euro Audit a prezentat, în cadrul propunerii tehnice, calcule detaliate care fundamentează termenul de intervenție oferit, și, totodată, a efectuat corelație clară între cei doi factori de evaluare ("Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24



ore" și "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate"). Fundamentarea termenului de intervenție s-a raportat, deopotrivă, și la condițiile normale / speciale meteorologice care pot interveni pe durata prestării serviciilor, precum și la complexitatea intervențiilor solicitate, elemente de natura să circumstanțieze termenul oferat.

În reevaluare Autoritatea a revenit în mod nepermis asupra unor chestiuni transate definitiv. Oferta Euro Audit, declarată inițial conformă, a fost respinsă în reevaluare pentru motive imaginare, neavute în vedere în cadrul primei evaluări.

Oferta Euro Audit a fost evaluată inițial în raport de toate cerințele din documentația de atribuire fiind declarată conformă și admisibilă; aspectele nevizate de contestația inițială devenite definitive prin necontestare și în privința cărora Consiliul nu a dispus vreo măsură concretă de reevaluare, nu puteau fi discreționar invalidate / schimbate de către autoritate, în această categorie încadrându-se și conformitatea propunerii tehnice a Euro Audit; reevaluarea a vizat modalitatea de aplicare a punctajului aferente ofertei, premisa (necontestată și neremediată) fiind aceea a conformității ofertei noastre. Reevaluând, autoritatea trebuia să se raporteze la cadrul instituit de măsurile de remediere dispuse și dispozițiile Deciziei CNSC; însă, autoritatea a procedat nepermis și nelegal la reinterpretarea / modificarea unei cerințe din FDA, fapt ce a cauzat, în final, respingerea ofertei subscrisei ca ne conformă;

Revenirea la cercetarea unor aspecte care au fost evaluate în cadrul primei evaluări a încălcat limitele reevaluării dispuse, nefiind posibilă analiza, cu atât mai puțin una efectuată prin raportare la clauze nescrise în documentația de atribuire.

Propunerea tehnică a Euro Audit prevede un termen de remediere de 40 de minute care este format din perioada remedierii propriu-zise de 30 de minute și perioada de intervenție propriu zisă de 10 minute

Decizia CNSC reține în mod corect că propunerea tehnică a subscrisei cuprinde și termenul de remediere de 40 de minute, aspect care se impunea a fi avut în vedere de către Autoritatea contractantă în evaluarea ofertei.

Astfel cum am susținut și în contestație, Euro Audit a oferat și fundamentat un termen de intervenție de 10 minute, în raport de cerințele prevăzute în documentația de atribuire. Fundamentarea termenului de intervenție a avut în vedere atât timpul efectiv presupus de ajungerea echipajului la fața locului, dar și timpul necesar pentru realizarea propriu - zisă a intervenției, având în vedere resursele umane și materiale de care dispune ofertantul și care sunt indicate expres în cuprinsul propunerii tehnice<sup>1</sup>. În acest sens, au fost efectuate calcule de fundamentare a timpului necesar ajungerii la o intervenție pe baza coordonatelor GPS și lungimile maxime ale arterelor de circulație, rezultând un termen de intervenție la cel mai îndepărtat punct luminos din sistemul de iluminat public al Municipiului Bistrița, față de zona de staționare a utilajelor de intervenție, de 9,28 minute.

Euro Audit a oferat, în egală măsură, un termen de remediere de 40, de minute format din perioada remedierii propriu-zise de 30 de minute și perioada de intervenție propriu zisă, de 10 minute, astfel cum în mod corect a reținut CNSC în considerentele Deciziei atacate<sup>1</sup>. Remedierea propriu - zisă a defecțiunii sesizate urmează a se încadra în media de 40 minute/defect intervenție; raportat la complexitatea defectului sesizat, timpul de remediere poate fi mai mare sau mai mic de 40 minute /defect intervenție. Termenul de remediere de 40 de minute rezultă din împărțirea timpului de la cele 35 de intervenții declarate în cadrul propunerii tehnice. Prin urmare, toate aceste informații reprezintă parte integrantă a propunerii tehnice depuse de către Euro Audit și nu modifică oferta tehnică, după cum susține în mod eronat Autoritatea contractantă.

În cadrul Propunerii tehnice a Euro Audit se constată o corelație clară între cei doi factori de evaluare ("Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 ore" și "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate"); astfel, la termenul de intervenție oferat (10 minute) se adaugă termenul de remediere mediu/defect/punct luminos, ceea ce face posibilă realizarea efectivă a numărului de 35 de intervenții declarate în cadrul propunerii tehnice.

Cu oricare dintre cele două termene menționate, oferta Euro Audit se încadrează în intervalul mai mic de 12 ore care justifică acordarea punctajului maxim, iar nu respingerea ca neconformă a ofertei.

Motivele subsidiare sunt, în principal, inadmisibile și, în subsidiar neîntemeiate

Motivele subsidiare nu au fost invocate în actele administrative contestate, în ceea ce privește așa numitele "motive subsidiare de neconformitate" subliniem faptul că Autoritatea contractantă nu a dispus respingerea ofertei ca neconformă reținând incidența acestor motive, ci exclusiv faptul că intimata nu ar fi oferat un termen de intervenție, interpretat eronat ca fiind un termen de remediere.

Motivele subsidiare au fost invocate ca element de noutate prin punctul de vedere depus împotriva contestației care a format obiectul dosarului CNSC nr. 1525/C3/2020, intimata necunoscând anterior aceste motive, în lipsa unei comunicări făcute în acest sens de către autoritate. Prin urmare, intimata nici nu le-a contestat, nefiind permisă discutarea lor în actualul cadru procesual.

Nu se admite completarea motivelor de neconformitate din actele administrative emise, prin intermediul punctului de vedere. Actele administrative prin care se dispune respingerea unei oferte trebuie să prevadă motivele care au fundamentat decizia". O interpretare în sens contrar ar afecta principiul transparenței procedurii și, în egală măsură, posibilitatea ofertanților de a contesta efectiv actele administrative care le vătăma drepturile și interesele în cadrul procedurii. Necunoscând motivele subsidiare de neconformitate, subscrisa nu a formulat în cadrul contestației critici în combaterea acestora. Consiliul nefiind investit, pentru motivele anterior invocate, cu soluționarea acestor aspecte. Prin urmare, se impune respingerea acestor susțineri ca inadmisibile. De altfel, faptul că CNSC nu a analizat aceste aspecte reprezintă o confirmare a faptului că nu s-a considerat investit cu soluționarea lor.

Motivele subsidiare de neconformitate sunt, oricum, profund neîntemeiate. Faptul că subscrisa a oferat un termen de intervenție având în vedere condițiile normale / speciale meteorologice nu înseamnă că oferta Euro Audit nu respectă cerințele documentației de atribuire. Atragem atenția că normei legale incidente, inclusiv cele indicate de către Elba Corn, au în vedere termene diferite de intervenție în funcție de condițiile meteorologice.

Nici faptul că termenul de intervenție se raportează inclusiv la complexitatea intervenției nu reprezintă o nerespectare a cerințelor documentației de atribuire. Intimata a indicat clar în clarificări faptul că intervențiile de complexitate medie / mare, care excedează competenței echipelor operative, vor fi soluționate de către echipele de intervenție complexe, în intervalul celor 24 de ore și în numărul maxim de intervenții propus. Euro Audit și-a asumat efectiv obligația ca orice fel de intervenție, indiferent de complexitatea sa să fie remediată în termenul de 34. de ore asumat pentru un număr maxim de 35 de intervenții. Aceste susțineri ale Euro Audit clarifică aspectul legat de termenul de remediere al intervențiilor complexe, nu stabilesc un termen incert de soluționare cum susține neîntemeiat autoritatea după cum nici nu condiționează termenul de intervenție de complexitatea lucrărilor.

Obligația de informare și privire la motivele respingerii ca neconformă a unei oferte sunt prevăzute de art. 92 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 100 / 3016.

Elemente mai sus menționate nu sunt de natură să modifice caracterul ferm al termenului oferat/ să condiționeze/ limiteze / restricționeze termenul de intervenție, astfel cum susține Autoritatea contractantă în plângere ci, cel mult, să circumstanțieze termenele oferate de către Euro Audit. De altfel, era firesc a fi avute în vedere deoarece se raportează la situații practice, adesea întâlnite în executarea contractelor.

Prin plângere, Municipiul Bistrița adaugă motive suplimentare de neconformitate noi, inclusiv în raport de cele menționate în punctul de vedere depus în cadrul dosarului CNSC, ceea ce demonstrează eforturile susținute ale Autorității contractante de a respinge cu orice preț oferta subscrisei și, implicit, favorizarea altor ofertanți (cum ar fi ofertantul desemnat câștigător, prin două decizii succesive, invalidate de către CNSC).

**Prin plângerea înregistrată pe rolul acestei instanțe sub nr. 561/33/2020 la data de 08.09.2020, petenta Elba Com SA a solicitat în contradictoriu cu intimații Euro-Audit Service SRL, Municipiul Bistrița și Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, ca prin hotărârea ce se va pronunța să se dispună admiterea plângerii, pe cale de excepție admiterea excepției inadmisibilității acțiunii; admiterea excepției lipsei de interes a contestatoarei; pe fond modificarea Deciziei atacate în sensul respingerii contestației formulate și admiterea cererii de intervenție**

formulate; obligarea contestatoarei intimat Euro Audit Service SRL la plata cheltuielilor de judecată.

Prevederile art. 10 și 30 din Legea 101/2016 constituie reglementare specială în materie. Potrivit dispozițiilor art. 10 lit. f din Legea 101/2016 cod proc. contestația va cuprinde arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază.

Este de necontestat că art.6 pct.1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului consacră într-o largă accepție, asigurarea și recunoașterea, aplicarea universală și efectivă a obligației de a fi respectate drepturile omului, prin aceea că orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituita de lege care va hotărî asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil.

În soluționarea prezentei cauze, petenta solicită instanței ca în aplicarea dispozițiilor art. 30 alin. 4 din Legea 101/2016 coroborat cu dispozițiile art. 22 cod proc civ să dispună citarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu mențiunea de a depune la dosarul cauzei, a dosarului care a stat la baza pronunțării deciziei Consiliului astfel încât cauza dedusă judecății să poată fi soluționată ținând cont de toate garanțiile conferite privitoare atât la exercitarea dreptului la apărare, contradictorialitate și al egalității armelor în procesul civil.

La data de 19.04.2019 autoritatea contractantă a publicat în SEAP, anunțul nr. PC 1001360/14.09.2019 pentru atribuirea contractului având ca obiect " Delegarea gestiunii, prin concesiunea serviciului de iluminat public din Municipiul Bistrița și localitățile componente"

În procedura evaluării, autoritatea contractantă a solicitat ofertanților lămuriri suplimentare pe calea solicitărilor de clarificări.

În urma răspunsului la clarificările solicitate, autoritatea contractantă a întocmit procesul verbal nr. 48283/15.07.2020 privind analiza răspunsurilor ofertanților Elba Corn SA și Euro - Audit Service SRL cu privire la solicitările de clarificări nr. 41912/24.06.2020, respectiv, 41908/24.06.2020.

Prin procesul verbal mai sus amintit, comisia de evaluare a constatat că oferta depusă de către Societatea Euro - Audit Service SRL este neconformă.

Prin contestația formulată, Societatea Euro - Audit Service SRL a solicitat Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună anularea adresei privind comunicarea de respingere a ofertei nr. 50186/22.07.2020.

Prin decizia atacată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a dispus anularea adresei nr. 50186/22.07.2020. Totodată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a dispus obligarea entității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea termenului de intervenție de la momentul sesizării justificate conform celor reținute în motivare.

Petenta apreciază că, soluția atacată este nelegală și netemeinică.

Raportat la excepția inadmisibilității acțiunii.

Așa cum rezultă din cuprinsul contestației formulate, Societatea Euro - Audit Service SRL a solicitat Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună anularea adresei nr. 50186/22.07.2020 privind comunicarea respingerii ofertei.

Chiar din cuprinsul contestației formulate, rezultă că contestatoarea a înțeles să investească Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor doar cu solicitarea privind anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii și nu cu o acțiune împotriva actului de evaluare și care a stat la baza transmiterii adresei atacate, respectiv a procesului verbal al Comisiei de evaluare nr. 48283/15.07.2020.

Potrivit dispozițiilor 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.

Mai departe, dispozițiile art. 3 lit a din același act normativ definesc actul autorității contractante ca fiind orice act, orice operațiune care produce sau poate produce efecte juridice.

Prin procesul verbal de analiză nr. 48283/15.07.2020, Comisia de Evaluare a reținut caracterul neconform al ofertei depuse de către Societatea Euro - Audit Service SRL.

Ulterior, prin adresa nr. 50186/22.07.2020 i-a fost comunicat Societății Euro Audit Service SRL rezultatul evaluării ofertei.

Față de acestea, apreciem că, actul producător de efecte juridice a fost procesul verbal de analiză nr. 48283/15.07.2020 și nu adresa nr. 50186/22.07.2020 deoarece acesta a fost emisă în vederea punerii în executare a procesului verbal de evaluare.

Totodată, procesul verbal nr. 48283/15.07.2020 a fost întocmit și semnat de către toți membrii comisiei de evaluare iar adresa nr. 50186/22.07.2020 a fost semnată doar de către președintele comisiei de evaluare, fiind evident că nu acesta din urmă este actul prin care comisia a analizat și evaluat răspunsurile la clarificările solicitate, ci procesul-verbal 48283/15.07.2020, care reprezintă actul organului colegial cu atribuții în evaluarea ofertelor, care a primit Avizul Conform Necondiționat al Agenției Naționale Pentru Achiziții Publice nr. 9971/207/PC1001360/AC/20.07.2020.

Față de acestea, rezultă fără urmă de îndoială că actul producător de efecte juridice și pretins vătămător pentru Societatea Euro - Audit Service SRL îl reprezintă procesul verbal al Comisiei de evaluare și nu adresa emisă în vederea comunicării acestuia.

Or, procesul verbal nr. 48283/15.07.2020 nu a fost supus controlului Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Prin urmare, față de aceste motive, solicită admiterea excepției inadmisibilității cererii formulate.

Raportat la excepția lipsei de interes a contestatoarei intimată, petenta apreciază că, în cauză contestatoarea intimată nu manifestă un interes personal, legitim și actual în promovarea prezentului demers judiciar.

Motivele de neconformitate ale ofertei Societății Euro - Audit Service SRL

Așa cum rezultă din cuprinsul procesului verbal de analiză nr. 48283/15.07.2020 Comisia de evaluare a identificat următoarele motive de neconformitate a ofertei depuse:

Neconformitatea ofertei pentru lipsa de fermitate a termenului de intervenție de la momentul sesizării justificate și ofertarea unui termen de deplasare, contrar cerințelor documentației de atribuire. (fila 10-12 din pv nr. 48283/15.07.2020)

Neconformitatea ofertei pentru ofertarea unui termen de intervenție în cazul condițiilor speciale ( furtună, vânt puternic, ploi torențiale, etc ), care începe să curgă doar după încetarea acestor condiții. ( fila 13-14 din pvnr. 48283/15.07.2020)

Față de acesta, în cadrul documentației de atribuire nu s-a stabilit că acest termen de intervenție începe să curgă de la momentul încetării condițiilor speciale meteorologice.

Neconformitatea ofertei raportat la faptul că contestatoarea Euro - Audit Service SRL condiționează termenul de intervenție de gradul de complexitate al intervențiilor, prin condiționarea impusă modificând caracterul ferm al termenului de intervenție într-un termen incert, care ar începe să curgă în cazul intervențiilor de complexitate medie sau ridicată care exced competenței echipelor de intervenție operative, nu de la momentul primirii sesizării justificate ci de la momentul la care șeful punctului de lucru decide modul de rezolvare și constituie echipele de intervenție complexe în vederea programării lor pentru re mediere, (fi la 15-16 din pv nr. 48283/15.07.2020)

Neconformitatea ofertei raportat la neclarificarea solicitării comisiei de evaluare cu privire la determinarea termenul de intervenție prin raportare la limita administrativă a municipiului Bistrița care să includă și cele 6 localități componente. (fila 17 din pv nr. 48283/15.07.2020)

Neconformitatea ofertei cu privire la modificarea conținutului ofertei tehnice, în sensul că, în determinarea vitezei de deplasare contestatoarea Societatea Euro - Audit Service SRL s-a raportat exclusiv la condițiile de trafic pe timp de noapte, iar pe calea răspunsului la solicitarea de clarificare se raportează atât la condițiile de trafic pe timp de noapte cât și pe timp de zi. (fila 18 din pv nr. 48283/15.07.2020)

Așa cum rezultă din cuprinsul plângerii formulate către Consiliul Național de soluționare a Contestației, Societatea Euro - Audit Service SRL a înțeles să conteste doar motivul de neconformitate indicat la pct. 11.1.1.

Față de acestea, contestatoarea intimată nu justifică un interes legitim, actual, direct și viitor în soluționarea cererii privind continuarea procedurii, având în vedere necontestarea celorlalte 4 motive de neconformitate ce au intrat în puterea lucrului hotărât.

Or, chiar dacă am admite că, instanța de judecată ar menține obligația privind reevaluarea ofertei în raport cu criteriul Termenul de intervenție de la momentul sesizării, celelalte motive de neconformitate ale ofertei, sunt opuse contestatoarei cu putere de lucru hotărât nefiind contestate de către Societatea Euro Audit Service SRL.

Astfel, contestatoarea intimată a achiesat la celelalte motive de neconformitate reținute de către autoritatea contractantă.

Mai mult decât atât, așa cum rezultă din cuprinsul notelor de ședință depuse de către contestatoare intimată în data de 10.08.2020 către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, acesta confirmă luarea la cunoștință asupra existenței celorlalte motive de neconformitate:

Contestatoarea intimată nu a înțeles să formuleze contestație și împotriva celorlalte motive de neconformitate.

Mai mult decât atât, așa cum rezultă din Punctul de vedere al autorității contractante comunicat către Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 53235 din data de 31.07.2020, aceasta aduce la cunoștința contestatoarei intimată motivele de neconformitate reținute prin procesul verbal de analiză nr. 48283/15.07.2020.

Astfel, autoritatea contractantă susține că "analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări precum și concluziile comisiei de evaluare se regăsesc în procesul verbal nr. 48283/15.07.2020 privind evaluarea conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare." ( pag 4. penultimul alineat din punctul de vedere al autorității contractante).

Mai mult decât atât, în adresa nr. 50186/22.07.2020 ce a făcut obiectul contestației în fața CNSC autoritatea contractantă menționează că "aspectele detaliate ale verificării răspunsurilor la solicitările de clarificare au fost consemnate de comisia de evaluare în procesul verbal privind etapa de reverificare a conformității propunerii tehnice cu prevederile caietului de sarcini și cu factorii de evaluare nr. 48283/15.07.2020 ( pag. 3 penultimul alineat).

Contestatoarea intimată susține pe calea notelor scrise din data de 10.08.2020, după 8 zile de la data comunicării punctului de vedere al autorității contractante, că " în ceea ce privește așa numitele motive subsidiare de neconformitate subliniem faptul că autoritatea contractantă nu a dispus respingerea ofertei ca neconformă reținând incidența acestor motive ci faptul că subscrisa nu ar fi oferat un termen de intervenție, interpretat eronat ca fiind un termen de remediere. Din această perspectivă, este inutilă analiza motivelor subsidiare și se impune a fi respinse aceste apărări formulate de către autoritate, Consiliul nefiind investit, pentru motivele anterior invocate, cu soluționarea acestor aspecte f pag. 7 pct. C din cuprinsul notelor scrise ale contestatoarei intimată Euro - Audit Service ). .

Or, limitele investirii Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor au fost fixate chiar de către contestatoarea intimată iar acesta nu a înțeles să critice și celelalte motive de neconformitate.

Față de toate acestea, celelalte motive de neconformitate au intrat în puterea lucrului hotărât iar autoritatea contractantă nu mai poate reveni asupra măsurilor dispuse iar cu atât mai puțin acesta poate continua prezenta procedură față de contestatoare, având în vedere celelalte motive de neconformitate reținute prin procesul verbal nr. 48283/15.07.2020.

Actul producător de efecte juridice a fost procesul verbal de analiză nr. 48283/15.07.2020 și nu adresa nr. 50186/22.07.2020 deoarece acesta a fost emisă în vederea punerii în executare a procesului verbal de evaluare, act care nu a fost anulat și este producător de efecte juridice.

Prin urmare, câtă vreme există alte patru motive de neconformitate a ofertei Euro Audit Service SRL, în privința cărora rezultatul evaluării nu a fost contestat, demersul juridic al societății Euro Audit este lipsit de interes și de orice utilitate practică, impunându-se admiterea excepției invocate.

Raportat la solicitarea privind modificarea Deciziei atacate în sensul respingerii contestației formulate cu consecința admiterii cererii de intervenție formulate de către petentă.

Motivele contestației Societății Euro - Audit Service SRL și soluția CNSC:

Prin contestația formulată, Societatea Euro - Audit Service SRL a solicitat Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor ca prin hotărârea ce o va pronunța să dispună anularea adresei privind comunicarea de respingere a ofertei nr. 50186/22.07.2020 în ce privește subfactorul Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate.

În motivare, contestatoarea a criticat motivul de neconformitate apreciind că i-ar fi fost respinsă oferta în raport de o scriere nescrisă, insistând asupra propriei interpretări cu privire la înțelesul termenului de intervenție și asupra faptului că în reevaluare, autoritatea contractantă nu s-ar mai fi putut pronunța în sensul declarării neconformității ofertei.

Contrar celor susținute pe calea contestației formulate, prin decizia atacată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a reținut că, "din modalitatea de stabilire a grilei de punctaj se înțelege că entitatea contractantă a avut în vedere nu doar timpul de deplasare la o intervenție, ci și durata necesară rezolvării situației semnalate." ( pag. 3 alin.1 din decizia CNSC).

Totodată, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor a respins critica contestatoarei întimate Euro - Audit Service SRL cu privire la faptul că în reevaluare, autoritatea contractantă nu putea reveni asupra declarației de admisibilitate/conformitate a ofertei acesteia.

Astfel, Consiliul a reținut după cum urmează: "cât privește susținerile contestatoarei ca entitatea contractantă nu ar fi avut dreptul de a revizui statutul ofertei sale, care ar fi fost considerate conformă/admisibilă, stabilită în etapa anterioară deciziei de reevaluare, Consiliul constată netemeinicia lor" ( pag. 4 alin. 2 din decizia CNSC).

Așadar, aceste chestiuni litigioase au fost tranșate definitiv de către CNSC.

CNSC a admis contestația Euro Audit Service SRL, invocând dreptul acesteia la un tratament egal, arătând că se impunea ca autoritatea contractantă să fi acceptat termenul de intervenție propus și că contestatoarea ar fi indicat prin pagina 6 din clarificări faptul că termenul de remediere de 40 de minute include și timpul de deplasare.

Raportat la motivarea CNSC conform căreia contestatoarea a indicat prin clarificări faptul că termenul de remediere f 40 min) include și timpul de deplasare a echipei de intervenție (10 min) pag.13 alin 6 din decizia CNSC.

În cauză ne aflăm în prezența unei modificări a ofertei prin răspunsul-la clarificări, cum corect a apreciat și autoritatea contractantă, acest lucru fiind inadmisibil.

După cum rezultă din fișa de date factorii de evaluare au fost următorii: factorul financiar:prețul oferteifactorul tehnic:numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de or termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate

Litigiul se poartă în jurul subfactorului "termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate".

În propunerea tehnică a ofertei Societății Euro - Audit Service SRL, aceasta a oferit ca termen de intervenție de la momentul sesizării justificate, termenul de 10 minute.

Prin modalitatea de întocmire a ofertei, Societatea Euro - Audit Service a încercat inducerea în eroare a comisiei de evaluare, oferând un termen de intervenție de 10 minute, speculând cel mai probabil nesolicitarea de clarificări și clasarea ofertei sale pe o poziție net superioară față de alți ofertanți.

În realitate, cu toate că Societatea Euro Audit Service SRL a înțeles ce anume solicita autoritatea contractantă a se oferta, și anume un termen de remediere a defecțiunii/avariei, nicidecum un termen de ajungere la fața locului, cu vicienie, a oferit termenul de 10 minute, cu certitudinea că în așa fel oferta sa va fi declarată câștigătoare.

Însă, întrucât comisia de evaluare nu a fost dusa în eroare de către contestatoarea intimată, ajungând în acest fel la solicitarea de clarificări referitoare la acest termen, prin răspunsul la clarificări, Societatea Euro - Audit Service SRL si-a schimbat poziția, arătând că de fapt cele 10 minute reprezintă termenul de deplasare al echipei de intervenție, și că abia apoi ar începe să curgă termenul pentru remedierea defecțiunii, modificând oferta inițială.

Că a înțeles exact criteriile de evaluare (mai precis că termenul de intervenție se referă la termenul în care problema semnalată să fie efectiv remediată și nu la durata deplasării la fața locului), rezultă chiar din conținutul primei contestații a Societății Euro - Audit Service SRL, înregistrată la CNSC sub nr. 21390/02.06.2020: "contestația - valorifică omisiunile Elba de a indica un termen de intervenție clar și lipsit de echivoc, respectiv de a fi fundamentat tehnic acest termen,



conform cerințelor explicite ale documentației de atribuire" (pag. 9 a primei contestații, par. 11.), "termenul de intervenție este un element esențial în raport de care se determină punctajul componentei tehnice a ofertelor...documentația de atribuire stabilește că termenul de intervenție este factor de evaluare reprezintă per se un argument de necontestat care indică importanța pe care acest element al ofertei o prezintă în evaluarea ofertelor și ulterior, în executarea propriu-zisă a contractului de concesiune...urmărește tocmai o departajare corectă și obiectivă între ofertele depuse..." (pag. 11 a primei contestații, primul alineat.)

Or, este oare acceptabil să se aprecieze că un profesionist ar fi considerat elementul esențial al contractului și un criteriu corect și obiectiv - durata deplasării la intervenție? Răspunsul este nu. Cu atât mai mult cu cât Societatea Euro Audit Service SRL nu a solicitat clarificări în ce privește documentația de atribuire, conform art. 70 alin. 8 din Legea 100/2016, ceea ce înseamnă că a apreciat documentația ca fiind una clară.

A formula contestație și a invoca faptul că evaluarea ofertelor s-ar fi făcut raportat la "cerințe nescrise" și că de fapt abia după aprecierea ofertei sale ca fiind neconformă ar fi realizat că termenul de intervenție se referea la remedierea problemei, este deloc plauzibil și se impune a se sancționa.

Ceea ce reprezintă termenul de intervenție și că din întreaga documentație rezultă că acesta vizează rezolvarea situației semnalate a fost tranșat de CNSC prin decizia atacată - fila 13, primul alineat, astfel că această chestiune nu mai comportă discuții.

Am făcut însă pe scurt referire și la această chestiune, tocmai pentru a evidenția strategia și viclenia adoptată de Societatea Euro Audit Service SRL în încercarea de a fi stabilită fără emoții câștigătoare, prin ofertarea ca termen de intervenție - 10 minute, cu toate că știa că ceea ce se solicită a se oferta era timpul de remediere, nu de deplasare.

Tot din conținutul primei contestații a Societății Euro Audit Service SRL, rezultă strategia avută în vedere de către acesta prin ofertarea termenului de intervenție de 10 minute, cu care, dacă reușea să inducă în eroare comisia de analiză, este cert că punea oferta subscrisei într-o poziție netă de inferioritate.

În mod corect a fost apreciată oferta Societății Euro Audit Service SRL ca fiind neconformă, întrucât nu s-a oferit un termen de intervenție ci un termen de deplasare și astfel oferta nu este fermă.

Potrivit prevederilor art. 77 alin. 1 din HG 867/2016, ofertantul trebuie să elaboreze oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Or, contestatoarea s-a abătut voit de la prevederile documentației de atribuire, ofertând în funcție de un factor neavut în vedere de documentația de atribuire termenul de deplasare la intervenție, total nerelevant raportat la scopul și esența contractului.

Chiar dacă CNSC prin decizia atacată, apreciază că prin răspunsul la clarificări, Euro Audit ar fi indicat în final faptul că termenul de remediere este de 40 min și că acesta include și timpul de deplasare a echipei de intervenție (10 min), arătăm că nu putem fi de acord cu acest lucru. Din punctul nostru de vedere, nici răspunsul la clarificări nu este caracterizat de claritate și fermitate.

Contrar Deciziei CNSC, în fila 6 din răspunsul la clarificări nu se face lumină în privința termenului de intervenție. La această filă se clarifică numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore, Euro Audit nefiind fermă în privința unui termen de remediere de 40 de minute, cum reține CNSC.

Mai mult, în cuprinsul filei 7 din răspunsul la clarificări la solicitarea 2.2, se observă că Societatea Euro Audit Service SRL continuă pe aceeași linie, aceea că termenul de intervenție este de 10 minute. Or, ceea ce înseamnă termen de intervenție și că nu reprezintă o cerință nescrisă. CNSC a statuat cu autoritate de lucru prin decizia atacată, apreciind neîntemeiată contestația Societății Euro Audit Service SRL, raportat la această critică (fila 13, primul alineat din Decizie).

Chiar și dacă am fi acceptat că răspunsul la clarificări al Euro Audit Service SRL ar fi fost caracterizat de fermitate, în sensul că ar fi lămurit că termenul de intervenție, de remediere a defecțiunii, este de 40 de minute, ne-am plasa în situația unei modificări a ofertei, lucru inadmisibil.

Potrivit legislației și jurisprudenței, ofertanții sunt ținuți de oferta formulată, aceasta neputând fi modificată, precizările, clarificările, perfecționările sau informațiile suplimentare date în etapa solicitărilor de clarificări, nu pot avea ca efect modificarea elementelor de bază ale ofertei, ale

căror variații pot denatura concurența sau pot avea un efect discriminatoriu, contrar principiilor care guvernează atribuirea contractelor de concesiune.

În situația în care autoritatea contractantă a solicitat ulterior depunerii ofertelor, printr-o solicitare de clarificări, lămurirea unor aspecte neconcordante, prin acceptarea modificării ofertei după cunoașterea ofertei concurente, se crează un avantaj evident în raport cu ceilalți ofertanți, în speță subscrisa, acționându-se atingeri principiului tratamentului egal, deoarece toți ofertanții au avut acces la documentația de atribuire și toți au avut aceleași condiții de participare.

Potrivit art. 87, alin. 16 din Normele Metodologice de aplicare a Legii 100/2016, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa este considerată neconformă.

Așadar, soluția adoptată de autoritatea contractantă este una corectă, în cauză având loc o modificare a ofertei prin răspunsul la clarificări, contrar principiilor procedurii de atribuire a contractelor de concesiune.

Și nu s-a procedat doar la modificarea ofertei, ci au fost incluse și condiționări ale termenului de intervenție, pe de o parte arătând că în condiții meteorologice speciale (furtună, vânt puternic, ploi torențiale, furtuni viscolite, chiciură, cutremure, etc...), termenul de intervenție curge de la momentul încetării acestor condiții meteorologice, ceea ce este inacceptabil și contravine scopului și esenței contractului, iar pe de altă parte arătând că în cazul intervențiilor de complexitate medie sau ridicată, care exced competenței echipelor operative de intervenție, se instituie o procedură care presupune raportarea cazului la șeful de lucru, care va decide cu privire la modul de soluționare, termenul de intervenție devenind unul incert, lipsit de orice fermitate.

În ce privește stabilirea ofertei Euro Audit ca fiind neconformă raportat la aceste condiționări, cum am arătat la punctul 11.1 din prezentul memoriu, Euro Audit nu a contestat stabilirea neconformității ofertei sale.

În concluzie, în ceea ce privește obiectul investiției CNSC de către societatea Euro Audit Service SRL - contestarea stabilirii neconformității ofertei Euro-Audit raportat la lipsa caracterului ferm al ofertei și ofertarea unui termen de deplasare, iar nu a unui termen de intervenție, soluția pronunțată este una nelegală și netemeinică, raportat la:

- inadmisibilitatea contestației, raportat la faptul că, contestatoarea a înțeles să investească CNSC doar cu solicitarea privind anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii și nu cu acțiune împotriva actului de evaluare, respectiv a procesului verbal al Comisiei de evaluare nr. 48283/15.07.2020;

- lipsa de interes a contestatoarei, raportat la faptul că nu a înțeles să conteste toate motivele pentru care oferta sa a fost declarată neconformă, actul de evaluare rămânând în picioare pentru cei puțin 4 motive de neconformitate, act care definitiv rămas în privința acestor motive de neconformitate stabilite, exclude posibilitatea continuării procedurii cu participarea societății Euro Audit și inclusiv reevaluarea ofertei acesteia;

- netemeinicia soluției, raportat la lipsa caracterului ferm al termenului de intervenției precum și raportat la modificarea ofertei de către societatea Euro-Audit Service SRL;

Având în vedere-motivele ce preced, solicită admiterea prezentei acțiuni astfel cum a fost formulată.

**În apărare a formulat întâmpinare intimata Euro-Audit Service SRL**, solicitând respingerea plângerii ca neîntemeiată, cu consecința menținerii Deciziei nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, ca fiind legală și temeinică și obligarea petentei la plata cheltuielilor de judecată.

În raport de dispozițiile art. 139 din C. pr. civ. ", intimata solicită admiterea excepției conexității și trimiterea dosarului la completul nr. 4CSA, din cadrul Curții de Apel Cluj, pe rolul căruia se află dosarul litigios cu numărul cel mai mic, respectiv dosarul nr. 554/33/2020 cu termen la data de 25.09.2020, la care urmează a se conexa prezenta cauză.

Sunt întrunite integral condițiile legale pentru conexarea celor două cauze, având în vedere că: există identitate de părți. Cauzele se soluționează între (a) Municipiul Bistrița; (b) Elba Corn; și (c) Euro Audit, există identitate de obiect și cauză. Plângerile sunt formulate împotriva Deciziei CNSC, fiind invocate motive similare privind nelegalitatea și netemeinicia Deciziei;

Elba Com are obligația de a constitui o cauțiune în cuantum de 50% din valoarea în raport de dispozițiile art. 61 alin. (4) din Legea nr. 101 / 2016" se impune obligarea Elba Com, în prealabil soluționării prezentei cauze, la constituirea unei cauțiuni egale cu 50% din valoarea cauțiunii constituite de către subscrisa pentru soluționarea contestației care a format obiectul dosarului CNSC nr. 1525/C3/2020 . Neconstituirea cauțiunii, în cuantumul prevăzut de lege, reprezintă o linie de neprimire a plângerii.

Prin urmare, în măsura în care Elba Com nu se va conforma acestei obligații, se va impune respingerea plângerii ca inadmisibilă.

Intimata solicită admiterea excepției tardivității plângerii având în vedere următoarele:

Dispozițiile imperative ale art. 29 din Legea nr. 101 / 2016 instituie obligația respectării unui termen de 10 zile pentru formularea plângerii, care începe să curgă de la data comunicării deciziei CNSC;

Față de data comunicării Deciziei CNSC către Elba Com (24.08.2020) și cea a înregistrării plângerii pe rolul Curții de Apel Cluj (08.09.2020) este evident că plângerea a fost promovată de către Elba Com cu depășirea termenului legal de 10 zile.

Plângerea formulată se impune a fi respinsă în raport de următoarele:

Inadmisibilitatea / tardivitatea formulării unor critici noi ulterior înregistrării plângerii. Studiul dosarului achiziției publice / a dosarului CNSC, în această etapă procesuală, nu poate reprezenta un pretext pentru completarea plângerii cu critici noi

În cuprinsul secțiunii "Chestiune prealabilă" din plângere 13, Elba Com susține că urmează a completa plângerea cu critici noi deoarece nu ar cunoaște întreaga documentație care a stat la baza emiterii Deciziei CNSC.

Însă, orice critici noi invocate ulterior expirării termenului de formulare a plângerii ar fi inadmisibile / tardive în raport de următoarele considerente:

Elba Com a avut calitatea de intervenientă în cauza CNSC nr. 1525/C3/2020 (în care a fost pronunțată Decizia CNSC), având astfel posibilitatea neîngrădită de a formula o cerere de studiu a dosarului, în cadrul procedurii derulate în fața CNSC și de a intra în posesia oricăror documente necesare pentru a-și fundamenta / consolida argumentele invocate atât în cererea de intervenție cât și, ulterior, în plângere; Elba Com nu și-a exercitat, însă, acest drept procesual;

Documentele procesuale elaborate de către Euro Audit, în etapa derulată în fața CNSC, au fost comunicate către toate părțile implicate, inclusiv Elba Com, fiind respectat principiul contradictorialității procedurii, dovezile în acest sens regăsindu-se la dosarul cauzei;

Dispozițiile imperative ale art. 30 alin (2) din Legea nr. 101/2016, care pentru identitate de rațiune sunt aplicabile și plângerilor formulate de către intervenienți împotriva deciziilor pronunțate de către CNSC, interzic expres posibilitatea completării plângerii cu motive noi ulterior expirării termenului legal de formulare a acesteia;

Motivele plângerii se impune a fi supuse analizei instanței de judecată cu respectarea termenului imperativ de 10 zile prevăzut de art. 29 al Legii nr. 101/2016; promovarea unei căi de atac nu poate reprezenta un pretext pentru studierea dosarului achiziției publice; petenta nu a exercitat dreptul de a studia dosarul CNSC, din lipsă de diligență, probabil având perspectiva pronunțării unei soluții favorabile pe fondul cauzei. Admiterea posibilității de a formula critici noi, în această etapă procesuală, ulterior studiului dosarului, ar încălca și principiul celerității care guvernează procedurile jurisdicțional - administrative / judiciare de soluționare a litigiilor din materia achizițiilor publice.

Inadmisibilitatea invocării, în plângere, a unor motive noi de respingere a contestației. Caracterul de critică nouă a excepțiilor inadmisibilității și a lipsei de interes a contestației

Prin plângere, Elba Com invocă excepția inadmisibilității contestației, dar și excepția lipsei de interes a contestației Euro Audit. Se impune respingerea acestor excepțiilor întrucât:

Excepțiile invocate prin plângere reprezintă critici noi care vin în mod nepermis în completarea celor deja susținute prin cererea de intervenție; aceste motive noi sunt inadmisibile și se impune a fi respinse prin raportare la dispozițiile art. 30 alin, (2) din Legea nr. 101 / 2016 care, pentru identitate de rațiune și din necesitatea aplicării unui tratament egal părților aflate în litigiu, sunt aplicabile și intervenienței aflate în situația de a promova cale de atac împotriva deciziei CNSC, nu numai contestatoarei;

Elba Com supune analizei Curții motive noi de respingere a contestației Euro Audit, pe care Consiliul nu a fost investit a le soluționa în contestația administrativ jurisdicțională și care, în consecință, nu au primit dezlegare prin Decizia CNSC; or, aceste aspecte excedează controlului de legalitate pe care îl poate efectua instanța de judecată în etapa de soluționare a plângerii.

\* Argumente pentru respingerea ca neîntemeiată a excepției lipsei de interes a contestației. Elba Com susține că Euro Audit nu manifestă un interes personal, legitim și actual în promovarea contestației.

Interesul în promovarea unei contestații în materia achizițiilor publice se analizează în raport de următoarele dispoziții legale: art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 92 alin. (2) din Legea nr. 100 / 2016 art. 49 alin. 1 din Legea nr. 101/2016;

Orice persoană vătămată care are sau a avut un interes în procedura de atribuire și suferă sau riscă să sufere un prejudiciu are atât dreptul cât și interesul de a promova contestație împotriva unui act vătămător al autorității contractante;

Singura excepție de la această regulă este expres prevăzută de lege și are în vedere situația operatorului economic exclus definitiv din procedura de atribuire care, terț fiind, nu mai poate ataca actele autorității contractante, ceea ce nu a fost cazul, în speță, oferta Euro Audit fiind respinsă ca neconformă;

Euro Audit a avut interes în Procedura de atribuire, acesta fiind reprezentat de preservarea dreptului său de a fi declarată câștigătoare și de a i se atribui contractul de achiziție publică; acest drept a fost vătămat de către autoritate prin respingerea ofertei sale ca neconformă deși oferta îndeplinește integral cerințele documentației de atribuire;

Euro Audit a fost prejudiciată de eroarea comisă de către Autoritate cu prilejul evaluării ofertei sale deoarece oferta Euro Audit, deși admisibilă și conformă, a fost respinsă în mod vădit nelegal din Procedura de atribuire, fiind încălcate inclusiv dispozițiile legale dar și cele ale documentației de atribuire;

Euro Audit a fost destinatarul unui abuz săvârșit de către Autoritatea contractantă care, prin punctul de vedere formulat în replică față de contestației a confirmat nelegalitatea evaluării ofertei Euro Audit; intimata a justificat și din această perspectivă interesul de a formula contestație, fiind singurul mijloc prin care se poate obține remedierea unei conduite nelegale a autorității, acest caracter fiind confirmat de către însăși emitentul actelor administrative nelegale.

Aceste critici noi nu pot fi reținute de către instanță și în considerarea faptului că, prin plângere, Elba Com nu poate invoca decât argumente din intervenție care se presupune că susțin poziția procesuală a autorității; însă aceste critici au fost invocate "omisso medio", fără să fi fost avute în vedere de către autoritate la judecata cauzei în cadrul procedurii derulate pe rolul CNSC.

Argumentele invocate de către Elba Com, pe fondul plângerii, se impune a fi respinse

Plângerea formulată de către Elba Com se impune a fi respinsă în raport de următoarele considerente:

Inadmisibilitatea și netemeinicia criticilor noi invocate în cadrul secțiunilor II.1.2, II.1.3, II.1.4, li.1.5 din plângere Caracterul de critici noi a motivelor subsidiare de neconformitate

Inadmisibilitatea criticilor Elba Com invocă în cadrul secțiunilor anterior indicate critici noi referitoare la pretinse motive de neconformitate a ofertei Euro Audit. Caracterul de noutate se raportează la faptul că aceste critici nu au fost invocate în cadrul cererii de intervenție ci direct în calea de atac împotriva Deciziei CNSC. Aceste critici vizează:

O pretinsă neconformitate a ofertei Euro Audit pentru ofertarea unui termen de intervenție în cazul condițiilor speciale (furtună, vânt puternic, ploi torențiale etc)

O pretinsă neconformitate a ofertei Euro Audit care ar fi condiționat termenul de intervenție de gradul de complexitate al intervențiilor, modificând, astfel, caracterul ferm al termenului de intervenție;

O pretinsă neconformitate a ofertei raportat la neclarificarea solicitării comisiei de evaluare cu privire la determinarea termenului de intervenție prin raportare la limita administrativă a Municipiului Bistrița;

O pretinsă neconformitate a ofertei raportat la modificarea conținutului ofertei tehnice în sensul că, în determinarea vitezei de deplasare, contestatoarea s-ar fi raportat la condițiile de trafic

pe timp de noapte iar pe calea răspunsului la solicitarea de clarificare, atât la condițiile de noapte cât și la condițiile de zi.

Elba Com reiterează, practic, prin plângere, parte dintre așa-zisele "motive subsidiare de neconformitate" a ofertei, reprezentând aspecte noi" invocate de către Autoritatea contractantă prin punctul de vedere depus la dosarul CNSC; Elba Com omite complet faptul că aceste motive nu au fost invocate de către petentă și prin cererea de intervenție.

Prin raportare la dispozițiile art. 30 alin. 2 din Legea nr. 101 / 2016 care, pentru identitate de rațiune și din necesitatea aplicării unui tratament egal părților aflate în litigiu, sunt aplicabile și intervenientei aflate în situația de a promova cale de atac împotriva deciziei CNSC, nu numai contestatoarei, se impune respingerea criticilor noi referitoare la motivele subsidiare de neconformitate ca inadmisibile.

Netemeinicia criticilor. Criticile noi sunt nu numai inadmisibile dar și neîntemeiate. Autoritatea contractantă nu a dispus respingerea ofertei ca neconformă reținând incidența acestor motive intimata, ci exclusiv faptul că subscrisa nu ar fi oferat un termen de intervenție, interpretat eronat ca fiind un termen de remediere.

Faptul că intimata a oferat un termen de intervenție având în vedere condițiile normale/speciale meteorologice nu înseamnă că oferta Euro Audit nu respectă cerințele documentației de atribuire. Nici faptul că termenul de intervenție se raportează inclusiv la complexitatea intervenției nu reprezintă o nerespectare a cerințelor documentației de atribuire. Subscrisa a indicat clar în clarificări faptul că intervențiile de complexitate medie / mare, care excedează competenței echipelor operative, vor fi soluționate de către echipele de intervenție complexe, în intervalul celor 24 de ore și în numărul maxim de intervenții propus. Euro Audit și-a asumat efectiv obligația ca orice fel de intervenție, indiferent de complexitatea sa să fie remediată în termenul de 24 de ore asumat pentru un număr maxim de 35 de intervenții. Aceste susțineri ale Euro Audit clarifică aspectul legat de termenul de remediere al intervențiilor complexe, nu stabilesc un termen incert de soluționare cum susține neîntemeiat autoritatea după cum nici nu condiționează termenul de intervenție de complexitatea lucrărilor.

Elemente mai sus menționate nu sunt de natură să modifice caracterul ferm al termenului oferat/ să condiționeze/ limiteze / restricționeze termenul de intervenție, astfel cum susține Elba Com în plângere ci, cei mult, să circumstanțieze termenele oferate de către Euro Audit. De altfel, era firesc a fi avute în vedere deoarece se raportează la situații practice, adesea întâlnite în executarea contractelor.

Prin plângere, Elba Com indică motive de neconformitate noi care nu au fost invocate de către Autoritatea contractantă nici în cuprinsul actului contestat și nici măcar în punctul de vedere depus în cadrul dosarului CNSC; în mod evident, în virtutea poziției sale procesuale de petent / intervenient în sprijinul Autorității contractante. Elba Com nu poate invoca argumente care să substituie raționamentul avut în vedere de către însăși emitentul actului administrativ contestat, prerogativa motivării actului administrativ revenind și neputând fi exercitată decât de către emitentul actului, intimata se referim la criticile menționate în secțiunile II.1.4, II.1.5 din plângere (oferata termenului de intervenție prin raportare la lungimea limitei administrative a municipiului Bistrița și ofertarea termenului de intervenție prin raportare la condițiile de trafic pe timp de noapte) care nu sunt numai inadmisibile, pentru motivele indicate supra, dar și neîntemeiate.

Inexistența puterii de lucru judecat și netemeinicia criticii noi referitoare la lipsa de interes a contestației. Este exclusă intrarea tuturor motivelor de neconformitate mai sus analizate în puterea lucrului judecat, susținerile în acest sens, din plângerea formulată de către Elba Com, fiind profund netemeinice.

Contestația promovată de către Euro Audit a vizat exclusiv motivul de neconformitate referitor la presupusa ofertare a unui termen de deplasare iar nu a unui termen de intervenție deoarece acesta a fost unicul motiv de neconformitate care a fundamentat Comunicarea privind respingerea ofertei, emisă de către Autoritatea contractantă; acest aspect poate fi verificat în mod facil prin simpla lectură a actului administrativ contestat";

Parte dintre motivele subsidiare de neconformitate (a se vedea criticile din secțiunile II.1.2, II.1.3) au fost invocate de către autoritate, ca element de noutate, prin punctul de vedere depus la dosarul CNSC, iar altele (a se vedea criticile din secțiunile II. 1.4, II.1.5) nu au fost deloc invocate

de către Autoritatea contractantă în cadrul dosarului CNSC. în lipsa unei comunicări din partea Autorității contractante, cu privire la aceste preținse motive de neconformitate, Euro Audit nu avea cum să le cunoască anterior formulării contestației și, ca atare, nu a investit Consiliul cu dezlegarea acestor aspecte. în mod evident, în caz contrar, contestația Euro Audit ar fi vizat toate motivele de neconformitate la care se face referire în plângere:

Acele administrative prin care se dispune respingerea unei oferte trebuie să prevadă clar motivele care au fundamentat decizia autorității<sup>4</sup>. O interpretare în sens contrar ar afecta principiul transparenței procedurii și, în egală măsură, posibilitatea ofertanților de a contesta efectiv actele administrative care le vatamă drepturile și interesele în cadrul procedurii. Necunoscând motivele subsidiare de neconformitate, subscrisa nu a formulat în cadrul contestației critici în combaterea acestora, Consiliul nefiind investit, pentru motivele anterior invocate, cu soluționarea acestor aspecte. De altfel, împrejurarea că CNSC nu a analizat aceste aspecte reprezintă o confirmare a faptului că nu s-a considerat investit cu soluționarea lor;

Critica referitoare la pretinsa lipsă a interesului în formularea contestației, raportat la faptul că Euro Audit nu ar fi contestat actul administrativ și sub aspectul motivelor subsidiare de neconformitate, actul "rămânând în picioare pentru cel puțin 4 motive de neconformitate" este, de asemenea, neîntemeiată; am susținut și argumentat supra că Euro Audit nu a cunoscut existența acestor motive, prin urmare, nu i se poate imputa vreo stare de pasivitate constând în faptul de a nu-și fi exercitat dreptul de a contesta și motivele subsidiare de neconformitate.

Termenul de intervenție nu reprezintă un termen de remediere conform documentației de atribuire; interpretarea contrară reprezintă o completare nepermisă a documentației de atribuire care nu poate fi opusă ofertanților cu prilejul respingerii ofertelor lor

Documentația de atribuire nu pune semnul egalității între noțiunile de "termen de intervenție" și "termen de remediere". Nici Fișa de date, nici Caietul de sarcini nu definesc termenul de intervenție ca fiind termenul/timpul de soluționare a reclamației sesizate, astfel cum susține Elba Corn. Prevederile referitoare la termenul de intervenție sunt clare și lipsite de echivoc, termenul de intervenție nefiind stipulat ca termen de remediere efectivă a defecțiunii sesizate, astfel cum a interpretat Autoritatea contractantă abia în prezent. Subscrisa nu putea anticipa, desigur, maniera în care Autoritatea urma să interpreteze o cerință, după cum nici nu putea contesta o varianta interpretativă extinsă, de altfel illogică până și în prezent.

În măsura în care cele două termene (termenul de intervenție și cel de remediere a defectului sesizat) s-ar confunda care este rațiunea pentru care autoritatea a prevăzut, în cuprinsul documentației de atribuire, criteriul de evaluare 2 - "Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 ore"? în cazul în care s-ar pune semnul egalității între noțiunile de "termen de intervenție" și "termen de remediere", numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore ar putea fi determinat printr-o simplă împărțire a timpului de 24 ore la termenul de intervenție/punct luminos (care, în interpretarea autorității, ar include și remedierea defectului), declarat și fundamentat de către fiecare ofertant în cadrul Propunerii tehnice. Prin urmare, în această situație era lipsită de sens introducerea criteriului de evaluare.

Având în vedere acest aspect extrem de important, societatea noastră a declarat un număr de 35 de intervenții pe care le poate realiza într-un interval de 24 ore. Termenul de intervenție oferit de către Euro Audit este de maxim 10 minute/intervenție, iar cel de remediere propriu-zisă a defectului sesizat de 30 de minute. Cele două termene (termenul de intervenție și termenul de remediere a defectului sesizat) sunt două categorii distincte stabilite de practică, sens în care se arată următoarele:

- în cadrul termenului de intervenție, echipa de intervenție operativă se deplasează de urgență la locul defectului sesizat pentru a limita operativ efectele negative ale defectului asupra sistemului de iluminat public și, apoi, pentru a constata cauzele, întinderea, modalitatea, estimarea mijloacelor materiale și umane necesare pentru remedierea completă a defectului sesizat și aducerea instalațiilor afectate în parametrii tehnici și funcționali inițiali;

- în cadrul termenului de remediere a defectului sesizat, echipa de intervenție operativă își pregătește cu mare atenție organizarea de șantier și execuție a lucrărilor de remediere a defectului, pregătind toate mijloacele materiale și umane necesare (identificate în faza de intervenție anterior menționată), inclusiv cele privind implementarea măsurilor de protecție și semnalizare la locul



defectului pentru asigurarea securității salariaților și/sau a traficului și a persoanelor aflate în zona de lucru a echipei de remediere.

Imposibilitatea suprapunerii celor două termene deriva și din faptul că sesizarea unui defect, de către autoritate, nu cuprinde și nici nu poate cuprinde vreodată indicarea clară, precisă a elementelor defectului, așa cum au fost acestea indicate supra. Prin urmare, echipei de intervenție operative care se deplasează la locul defectului sesizat îi revine, în primul rând, misiunea de a limita efectele distructive ale defectului asupra celorlalte componente ale sistemului de iluminat public și, în al doilea rând, misiunea de a stabili modalitatea de remediere și mijloacele materiale și umane necesare remedierii defectului, în condițiile în care cele două termene (intervenție și remediere) s-ar suprapune, echipa de intervenție operativă ar trebui să fie însoțită, în mod permanent, de un depozit ambulant (mobil) care să dispună de toate felurile de materiale și componente electrice necesare remedierii oricărui tip de defect apărut, precum și de o echipă permanentă cu personal tehnic de specialitate, indiferent de întinderea sau gravitatea defectului sesizat, ceea ce ar fi de neconceput, în realitate, însa, atât mijloacele materiale necesare remedierii defectului, cât și personalul de specialitate necesar, se regăsesc în permanență la punctul de lucru declarat în Propunerea tehnică și numai în urma intervenției echipei operative, pe baza constării acesteia cu privire la necesarul de mijloace materiale și umane pentru remedierea defectului, se va putea organiza activitatea de remediere efectivă a defectului sesizat.

Contrar susținerilor Elba Com, Euro Audit a oferit și fundamentat un termen de intervenție, cu respectarea strictă a cerințelor documentației de atribuire. Respingerea ofertei, de către Autoritatea contractantă este consecința unei aplicări eronate a regulilor / cerințelor de evaluare din documentația de atribuire astfel cum reține, în mod corect, Decizia CNSOV Fără a relua argumentația din contestație, subliniem faptul că Euro Audit a prezentat, în cadrul propunerii tehnice, calcule detaliate care fundamentează termenul de intervenție oferit, și, totodată, a efectuat corelație clară între cei doi factori de evaluare ("Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 ore" și "Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate"). Fundamentarea termenului de intervenție s-a raportat, deopotrivă, și la condițiile normale / speciale meteorologice care pot interveni pe durata prestării serviciilor, precum și la complexitatea intervențiilor solicitate, elemente de natură să circumstanțieze termenul oferit.

[43] clarificări ar fi modificat oferta tehnică depusă de către Euro Audit. Aceste critici din plângere sunt nu numai inadmisibile nefiind invocate pe calea cererii de intervenție depuse la Consiliu, dar și neîntemeiate. Propunerea tehnică a Euro Audit prevede un termen de remediere de 40 de minute care este format din perioada remedierii propriu-zise de 30 de minute și perioada de intervenție propriu zisă de 10 minute.

Decizia CNSC reține în mod corect că propunerea tehnică a subscrisei cuprinde și termenul de remediere de 40 de minute, aspect care se impunea a fi avut în vedere de către Autoritatea contractantă în evaluarea ofertei.

Astfel, Euro Audit a oferit și fundamentat un termen de intervenție de 10 minute, în raport de cerințele prevăzute în documentația de atribuire. Fundamentarea termenului de intervenție a avut în vedere atât timpul efectiv presupus de ajungerea echipajului la fața locului, dar și timpul necesar pentru realizarea propriu - zisă a intervenției, având în vedere resursele umane și materiale de care dispune ofertantul și care sunt indicate expres în cuprinsul propunerii tehnice\*. În acest sens, au fost efectuate calcule de fundamentare a timpului necesar ajungerii la o intervenție pe baza coordonatelor GPS și lungimile maxime ale arterelor de circulație, rezultând un termen de intervenție la cel mai îndepărtat punct luminos din sistemul de iluminat public al Municipiului Bistrița, față de zona de staționare a utilajelor de intervenție, de 9,28 minute.

Euro Audit a oferit, în egală măsură, un termen de remediere de 40 de minute format din perioada remedierii propriu-zise de 30 de minute și perioada de intervenție propriu zisă de 10 minute, astfel cum în mod corect a reținut CNSC în considerentele Deciziei atacate. Remedierea propriu - zisă a defecțiunii sesizate urmează a se încadra în media de 40 minute/defect intervenție; raportat la complexitatea defectului sesizat, timpul de remediere poate fi mai mare sau mai mic de 40 minute /defect intervenție. Termenul de remediere de 40 de minute rezultă din împărțirea timpului de 24(1 la cele 35 de intervenții declarate în cadrul propunerii tehnice. Prin urmare, toate

aceste informații reprezintă parte integrantă a propunerii tehnice depuse de către Euro Audit și nu modifică oferta tehnică, după cum susține în mod eronat Elba Com.

În cadrul Propunerii tehnice a Euro Audit se constată o corelație clară între cei doi factori de evaluare ("Numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 ore" și Termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate"); astfel, la termenul de intervenție oferit (10 minute) se adaugă termenul de remediere mediu/defect/punct luminos, ceea ce face posibilă realizarea efectivă a numărului de 35 de intervenții declarate în cadrul propunerii tehnice.

Cu oțărarea dintre cele două termene menționate, oferta Euro Audit se încadrează în intervalul mai mic de 12 ore care justifică acordarea punctajului maxim, iar nu respingerea ca neconformă a ofertei.

În reevaluare Autoritatea a revenit în mod nepermis asupra unor chestiuni tranșate definitiv. Oferta Euro Audit, declarată inițial conformă, a fost respinsă în reevaluare pentru motive imaginare, neavute în vedere în cadrul primei evaluări.

Oferta Euro Audit a fost evaluată inițial în raport de toate cerințele din documentația de atribuire fiind declarată conformă și admisibilă; aspectele nevizate de contestația inițială, devenite definitive prin necontestare și în privința cărora Consiliul nu a dispus vreo măsură concretă de reevaluare, nu puteau fi discreționar invalidate / schimbate de către autoritate, în această categorie încadrându-se și conformitatea propunerii tehnice a Euro Audit; reevaluarea a vizat modalitatea de aplicare a punctajului aferente ofertei, premisa (necontestată și neremediată) fiind aceea a conformității ofertei noastre. Reevaluând, autoritatea trebuia să se raporteze la cadrul instituit de măsurile de remediere dispuse și dispozițiile Deciziei CNSC; însă, autoritatea a procedat nepermis și nelegal la reinterpretarea / modificarea unei cerințe din FDA, fapt ce a cauzat, în final, respingerea ofertei întinatei ca neconformă;

**Și intimatul Municipiul Bistrița a depus întâmpinare**, solicitând admiterea plângerii ca fiind întemeiată atât în ceea ce privește modificarea Deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, în sensul respingerii contestației formulate de Euro Audit Service SRL, cât și în ceea ce privește admiterea cererii de intervenție formulate de Elba Corn SA.

În primul rând, în temeiul art. 139 alin. (1) NCPC, se invocă excepția conexității și trimiterea dosarului la completul nr. 4 CSA, investit cu soluționarea dosarului nr. 554/33/2020 al Curții de Apel Cluj, care are ca obiect soluționarea plângerii formulate de Municipiul Bistrița împotriva Deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020.

Având în vedere că dosarul indicat a fost înregistrat primul, și precum și identitatea de obiect, cauză și părți, solicităm admiterea excepției de conexitate și pe cale de decădere în strictă corelare cu motivul principal, fiind reținute de comisia de evaluare ca fiind insuficiente prin ele însele să atragă excluderea ofertei.

Pe fondul cauzei, motivele expuse prin plângerea formulată de Elba Corn SA sunt relativ similare cu argumentele Municipiului Bistrița din cuprinsul plângerii împotriva Deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525 din data de 19.08.2020, ce face obiectul dosarului nr. 554/33/2020 - față de care am solicitat conexarea.

În esență, ofertantul arată prin plângere că termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate - de 10 minute - oferit de Euro Audit Service SRL este în realitate un termen de ajungere la fața locului, și nu un termen de remediere, în sensul solicitat de autoritatea contractantă.

De asemenea, este criticată decizia CNSC prin prisma faptului că nu este lămurită chestiunea termenului de remediere de 40 de minute indicat de Euro Audit SRL în răspunsul la solicitarea de clarificări - în sensul că acceptarea unui astfel de răspuns ar echivala cu o modificare de ofertă - ceea ce este ilegal.

Având în vedere că cele două plângeri vor fi soluționate împreună, consideră ca fiind relevante și suficiente pentru soluționarea prezentei plângeri motivele expuse de Municipiul Bistrița în cuprinsul plângerii ce face obiectul dosarului nr. 554/33/2020.

#### **Instanța din actele dosarului reține următoarele:**

Plângerile ce fac obiectul celor două dosare conexe sunt îndreptate împotriva aceleiași decizii CNSC, decizii ce vizează una și aceeași procedură de achiziție publică. Una din plângeri respectiv cea din prezentul dosar este formulată de către autoritatea contractantă respectiv Municipiului Bistrița, iar cea înregistrată în dosarul cu numărul mai mare, dosar conexat la

prezentul dosar este formulată de către ofertantul câștigător Elba Com SRL. Acest ofertant, în fața CNSC, a avut calitatea de intervenient în cadrul contestației formulate de către o ofertantului a cărui oferta a fost respinsă ca neconformă, intimată Euro Audit Service SRL.

Procedura contestată este procedura de 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”, inițiată cu anunțul de concesiune nr. PC1001360, publicat în SEAP la data de 14.09.2019.

Acele autorității contractante atacate cu contestație de către Euro Audit Service SRL sunt emise în etapa de reevaluare a ofertelor, etapă ce se derulează ca urmare a unei alte contestații formulate de același ofertant, Euro Audit Service SRL. Urmare a formulării acestei prime contestații autoritatea contractantă, Municipiul Bistrița a adoptat măsuri de remediere constând în anularea actelor prin care Elba Com SRL a fost declarat câștigător, anularea actelor prin care a avut loc evaluarea ofertei Euro Audit Service SRL și reluarea procesului de evaluare. Prima contestație a fost respinsă astfel ca rămasă fără obiect (f.86-103 dosar CNSC).

În procesul de reevaluare s-au adoptat actele atacate în prezent. În acest context prin decizia atacată CNSC a apreciat că în etapa de reevaluare era posibilă legal reanalizarea ofertei Euro Audit Service SRL (în continuare Euro Audit) sub toate aspectele inclusiv din perspectiva respectării cerințelor tehnice. Această statuare nu a fost atacată cu plângere de către nici una din părțile din procedura derulată în fața CNSC. În aceste condiții această statuare a dobândit caracter definitiv, iar apărățile formulate în cadrul întâmpinării de către intimata Euro Audit pe acest aspect nu mai pot fi analizate pe fond.

Contrar celor susținute de către petenta Elba Com SRL în plângerea formulată, actele autorității contractante atacate cu contestație, în prezenta etapă a procedurii din speță, nu constă doar în comunicarea către Euro Audit a respingerii ofertei sale ca neconformă cu indicarea motivelor de respingere (și care potrivit art. 92 din Legea 100/2016, reprezintă doar o informare) ci așa cum se arată expres în contestație s-au atacat toate actele ce au stat la baza emiterii acestei informări (f. 4 dosar CNSC). Aceste acte constă în rezultatul evaluării din puncte de vedere tehnic al ofertei Euro Audit. Astfel într-o primă etapă s-a întocmit procesul verbal de evaluare nr. 48283/15.07.2020. În cadrul acestuia au fost indicate ca motive de neconformitate ale ofertei Euro Audit atât motivul de neconformitate indicat în principal în plângere formulată de către Municipiul Bistrița cât și motivele de neconformitate invocate în subsidiar în aceeași plângere și care sunt strâns legate de motivul reținut în principal. Acest proces verbal este un act premergător deciziei autorității contractante de a admite sau respinge o ofertă. Decizia de respingere a ofertei Euro Audit s-a fundamentat doar pe motivul invocat în principal. Astfel în raportul intermediar al procedurii nr. 49877/21.07.2020 se arată că oferta Euro Audit a fost respinsă ca neconformă fără a fi menționate și motivele de respingere formulate în subsidiar (f. 22-24 dosar vol I dosar achiziție). La fel comunicarea către Euro Audit cuprinde ca motiv de respingere doar motivul invocat în principal (f. 19-21 vol. I dosar achiziție). Având în vedere aceste aspecte se poate concluziona că din motivele reținute în procesul verbal de evaluare pentru respingerea ofertei Euro Audit SRL, la adoptarea deciziei de respingere, s-a valorificat doar motivul de respingere invocat în principal, acest motiv fiind unicul comunicat către Euro Audit. În măsura în care se dorea valorificarea motivelor subsidiare era necesar ca ele să fie menționate în raportul intermediar al procedurii și comunicate Euro Audit SRL potrivit art. 92 alin. 2 din Legea 100/2016, art. 101 alin. 3 lit b și alin final HG 867/2016.

În consecință singurul motiv pe care Euro Audit trebuia să îl critice în contestația sa este motivul formulat în principal nu și cele indicate în subsidiar, care nefiind indicate în raportul intermediar al procedurii și în comunicarea către ofertantul respins ca neconform nu există și nu pot produce efecte din punct de vedere juridic.

Având în vedere aceste considerente urmează să se respingă motivele din cadrul plângerii formulate de către Elba Com SRL privind lipsa de interes în formularea contestației de către Euro Audit și inadmisibilitatea acestei contestații pe motiv că nu s-au atacat și motivele de neconformitate reținute în subsidiar. În realitate aceste motive de neconformitate nu au fost valorificate de către autoritatea contractantă în decizia de respingere a ofertei Euro Audit ca neconformă și pe cale de consecință ele nici nu pot să fie valorificate în etapa de contestare a actelor

elaborate de către autoritatea contractantă în sensul indicat de Elba Com SRL. Totodată nici nu se impune a fi examinate pe fond în stabilirea legalității și temeiniciei deciziei de respingere a ofertei Euro Audit.

Curtea a apreciat că este admisibil să se invoce aceste aspecte ce vizează lipsa de interes a contestatorului sau inadmisibilitatea contestației întrucât prin invocarea acestor aspecte nu se încalcă dispozițiile art. 30 din Legea 101/2016 care interzic ca în etapa procesuală a plângerii în fața instanței de judecată să se invoce alte motive de nelegalitate sau de netemeinicie a actelor autorității contractante decât cele care au fost invocate în cadrul contestației depuse la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor. Ori în speță prin aceste aspecte nu s-au invocat motive de nelegalitate sau de netemeinicie noi, vizând actele autorității contractante, ci s-au invocat argumente juridice pentru care contestația, așa cum a fost formulată în fața CNSC, se impune a fi respinsă ca lipsită de interes sau inadmisibilă.

Raport la cele indicate rezultă că în speță se impune analiza pe fond doar a motivului de neconformitate reținut de către autoritatea contractantă și comunicat contestatoarei Euro Audit. Acest motiv a fost contestat de Euro Audit și analizat de CNSC. Curtea apreciază că în speță decizia CNSC atacată și care analizează acest motiv de neconformitate este legală și temeinică.

Astfel acest motiv de neconformitate constă în nerespectarea unei cerințe tehnice, practic în neofertarea a ceea ce a solicitat autoritatea contractantă prin respectiva cerință tehnică.

Prin această cerință autoritatea contractantă a stabilit ca factor de evaluare tehnic, ofertarea unui termen de intervenție de la momentul sesizării justificate, în sensul de termen de soluționare a respectivei sesizări și nu de termen de deplasare.

Împrejurarea că această cerință tehnică vizează un termen de soluționare și nu un termen de deplasare a fost tranșată de către CNSC prin decizia atacată, statuare care nu a fost atacată și a rămas astfel definitivă. Pentru acest motiv aspectele din întâmpinarea formulată de Euro Audit SRL în sensul că în realitate s-a stabilit un termen de deplasare urmează a fi respinse fără a fi analizate pe fond.

Curtea apreciază că în mod corect CNSC în analiza modului în care autoritatea contractantă a evaluat oferta Euro Audit SRL din perspectiva cerinței tehnice sus indicate a stabilit în primul rând conținutul și sensul acestei cerințe tehnice și apoi a verificat modul de aplicare prin prisma acestora.

Conținutul și sensul cerinței s-au stabilit corelându-se această cerință (cuprinsă la criteriul 2) cu cerința tehnică anterioară (cuprinsă la criteriul 1), analizându-se algoritmul de calcul al punctajului aferent celor două criterii (1 și 2), alte prevederi din fișa de achiziție și finalmente deducându-se conținutul și sensul urmărite prin introducerea în documentația de atribuire a acestui criteriu, necontestat de către participanții la procedură. Stabilirea conținutului și a sensului a fost necesară datorită modului generic de formulare a cerinței analizate.

Astfel la criteriul nr. 2 din evaluarea tehnică este inclus ca subfactor de evaluare cerința indicată deja respectiv termenul de intervenție de la momentul sesizării justificate. La criteriul nr. 1 ca subfactor de evaluare este reglementat numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore.

În ceea ce privește algoritmul de calcul al acestor criterii, pentru criteriul nr. 1 algoritmul de calcul este următorul: numărul de intervenții pe care ofertantul le poate realiza în 24 de ore se fundamentează în funcție de personalul și dotarea tehnică pe care le poate pune la dispoziție fiecare ofertant; cel mai mare număr de intervenții ofertat se punctează cu 20 de puncte, pentru alte oferte punctajul acordat se diminuează proporțional.

Se face însă o notă de către autoritatea contractantă pentru modul de punctare a acestui criteriu în care se arată că din istoricul ultimilor trei ani de prestare a serviciului de întreținere și mentenanță a sistemului de iluminat public din Municipiul Bistrița și localitățile componente entitatea contractantă a constatat că numărul de intervenții minim și maxim pe care le poate realiza un ofertant care acționează cu diligența unui bun proprietar este minim 10 intervenții și maxim 35 de intervenții. Ca atare se arată că se vor puncta doar maxim 35 de intervenții, iar pentru cei care vor oferta sub 10 intervenții oferta va fi respinsă ca neconformă.

Pentru criteriul nr. 2 algoritmul de calcul este următorul: termenul de intervenții de la momentul sesizării justificate va primi următorul punctaj și anume: -mai puțin de 12 ore -10 puncte, între 12 și 24 de ore -6 puncte, între 24 și 48 de ore -2 puncte, peste 48 de ore -0 puncte, termenul de

intervenție cel mai mic pe intervenție/punct luminos -10 puncte ,pentru alte termene pe intervenție/ punct luminos ofertate punctajul acordat se va diminua proporțional cu raportul dintre termenul cel mai mic și celelalte termene supuse evaluării.

Se arată că pentru cei doi factori de evaluare solicitat participanții la procedura vor fundamenta varianta propusă în funcție de numărul de personal de specialitate și dotarea tehnică de care dispune pentru asigurarea iluminatului public în municipiul Bistrița în conformitate cu Regulamentul serviciului de iluminat public ,caietul de sarcini și oferta care ulterior se va găsi în contractul de concesiune.

Coroborând informațiile furnizate în cadrul celor două criterii în mod corect a reținut CNSC că însăși autoritatea contractantă a informat participanții la procedură asupra posibilității practice ca în 24 de ore să fie posibile 35 de intervenții ,ceea ce înseamnă că fiecare intervenție este posibil a se realiza în circa 41 de minute .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.

Prin oferta sa Euro Audit a arătat în mod neechivoc pentru criteriul 1 ca poate realiza 35 de intervenții în 24 de ore respectiv 40 de minute per intervenție .Totodată a arătat pentru criteriul 2 ca durata de intervenție este de 10 minute .Din raspunsul la clarificări rezultă că în realitate cele 10 minute reprezintă timpul de deplasare ,iar cel mai mic timp de intervenție ofertat este cel indicat în cadrul criteriului nr. 1 de 40 de minute ,care în mod neechivoc include și timpul de deplasare .

CNSC a reținut totodata că în caietul de sarcini au fost stabilite tipuri de activități care ar fi de interes pentru derularea lor în timp cât mai scurt și care se regăsesc în cuprinsul serviciilor operative enumerate la punctul 2.3.1 (1) al caietului de sarcini .Spre deosebire de reparațiile curente și reviziile tehnice pentru care caietul de sarcini indica o anumită periodicitate ,în cadrul serviciilor operative se face distincție între manevre/ activități/ operațiuni programate sau accidentale pentru remedierea deranjamentelor și urmărirea comportării în timp a instalațiilor (pagina 14 ).

Din enumerarea activităților de la pagina 15 din caietul de sarcini rezultă că în fapt pot exista intervenții de urgență ,la sesizare ori ca urmare a unor evenimente fenomene naturale dar și intervenții programate ,cu nivel operativ diferit. În cazul primelor este de înțeles că termenul de intervenție trebuie să fie cel mai scăzut ,pe când în cazul celorlalte termenul de intervenție poate fi mai lung.

Ca atare CNSC a apreciat în mod corect că acest criteriu al termenului de intervenție de la data sesizării justificate vizează aceste intervenții de urgență ,la sesizare ,fîind imposibil raportat la natura celorlate activități/operațiuni/intervenții să vizeze și operațiuni de alt tip.

În caietul de sarcini nu există o definiție a termenilor folosiți de acest criteriu nr. 2 ,motiv pentru care este necesară o interpretare a lor în raport de tipurile de intervenții pe care le prevede caietul de sarcini ,de împrejurarea că se punctează cu punctaj maxim cel mai mic timp de intervenție ,că este vorba de intervenții la sesizare justificată și mai ales că fundamentarea trebuie să fie aceeași cu cea de la criteriul 1.

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 urmînd a se avea în vedere pentru evaluarea îndeplinirii criteriului nr. 2 cel mai mic timp de intervenție ofertat.

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 ,avînd 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.

Euro Audit a indicat prin clarificări faptul că cel mai mic termen de remediere pe care îl propune este de 40 de minute și include și termenul de deplasare de 10 minute . Într-adevăr în fundamentarea termenului de intervenție Euro Audit s-a raportat, și la condițiile normale / speciale meteorologice care pot interveni pe durata prestării serviciilor, precum și la complexitatea intervențiilor solicitate, elemente de natura să circumstanțieze termenul oferat,dar acest aspect este irelevant câtă vreme a oferat și un termen mai mic per intervenție respectiv cel de 40 de minute în condiții normale .

Criteriul nr. 2 și algoritmul de calcul este așa cum a reținut și CNSC lipsit de precizie în sensul că nu indică cu exactitate despre ce intervenții/activități din caietul de sarcini este vorba astfel că Euro Audit s-a raportat în ofertă și în clarificări la diferite tipuri de activități ,la diferite situații /condiții de realizare a acestora ,dar ceea ce contează în prezenta speță este că a oferat și un timp de intervenție pe un tip de intervenții de complexitate redusă de 40 de minute.

Această ofertare rezultă atât din oferta inițială ,dar și din răspunsul la clarificări ,răspuns formulat pentru criteriul 1 cât și pentru criteriul 2 .Din interpretarea coroborată a acestor răspunsuri se poate concluziona ca s-a oferat și un termen de intervenție de 40 minute pentru intervențiile avute în vedere de criteriile nr. 1 și 2(care trebuie să fie de același tip pentru că se fundamentează pe același cerințe),timp ce include și timpul de deplasare spre locul intervenției de circa 10 minute .Nu are relevanță cât durează intervenția propriu zisă câtă vreme ceea ce trebuie oferat este timpul de intervenție de la momentul sesizării justificate .

Prin acceptarea termenului de 40 de minute și pentru criteriul 2 comisia de evaluare nu încalcă atribuțiile stabilite în sarcina sa de legiuitor întrucât ea punctează exact ceea ce a indicat ofertantul ,40 de minute -cel mai scurt timp de intervenție ,și așa cum se indică neechivoc în clarificări ,acest timp include și deplasarea indicată ca fiind de circa 10 minute .

Pentru criteriul 1 Euro Audit a primit punctajul maxim .În cadrul măsurilor de remediere propuse în cadrul primei contestații autoritatea contractantă a arătat că în procesul de reevaluare va respecta principiile proporționalității și ale tratamentului egal .Ori în baza acestor principii și având în vedere modul de formulare a acestui criteriu ,câtă vreme a punctat criteriul 1 ,acceptând că Euro Audit poate realiza 35 de intervenții în 24 de ore ,trebuie să accepte și să puncteze ca cel mai scurt termen de intervenție al unei intervenții (oricare ,cea mai simplă ,în lipsa altor precizări )este de 40 de minute ,termen rezultat inclusiv din împartirea numărului de intervenții la cele 24 de ore și care include și timpul de deplasare .

Acest lucru este posibil chiar dacă Euro Audit a înțeles eronat conținutul acestui criteriu și s-a referit în oferta sa la secțiunea dedicată acestui criteriu la timpul de deplasare ,câtă vreme oferta sa astfel cum a fost acceptată și punctată de autoritatea contractantă și răspunsul la clarificări permit concluzia că termenul de intervenție cel mai mic oferat este de 40 minute .

Chiar dacă criteriul nr. 2 este un criteriu distinct cu un punctaj distinct el este formulat generic ,respectiv nu indică tipul de intervenție ce se dorește a fi punctat ,aceasta în condițiile în care potrivit caietului de sarcini contractul ce se dorește a fi atribuit presupune multiple tipuri de activități ,cu specificități diferite și astfel cu timpi de intervenție variați.Apoi se urmărește punctarea celui mai mic timp de intervenție pentru această intervenție generic definită.Așadar nu se urmărește a se asigura finalizarea unei intervenții într-un anumit termen maxim așa cum susține autoritatea contractantă pentru ca dacă ar fi fost așa ,era necesar să se puncteze stipularea unui termen maxim de realizare a unei intervenții.Totodată fundamentarea acestui criteriu 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 41 de minute .

Analiza criteriul 2 în legătura cu criteriul 1 este impusă de prevederile documentației de atribuire .În primul rând fundamentarea ambelor criterii se face pe baza acelorași elemente .În al



doilea rând criteriile sunt formulate generic și nu se poate stabili cu precizie despre ce intervenții este vorba. Criteriul 1 permite, din raportul timp -24 de ore /număr maxim de intervenții pe timpul dat, concluzia că se au în vedere intervenții de complexitate redusă. Întrucât oferta se fundamentează pentru ambele criterii pe același element 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 era necesară interpretarea corelată a celor două criterii pentru a putea stabili sensul și conținutul lor.

Așadar autoritatea contractantă a făcut o greșită aplicare a dispozițiilor art. 89 alin. 1, alin. 3 lit. a, 93 alin. 3 din HG 867/2016 prin respingerea ofertei Euro Audit ca neconformă pentru neformularea unei oferte care să acopere și criteriul 2 sus analizat.

În realitate oferta Euro Audit cuprindea o ofertă care acoperă și acest criteriu formulat generic, vizând orice intervenție (chiar și cea mai simplă) și care punctează cel mai mic timp de intervenție per intervenție/punct luminos (chiar și cea mai simplă).

Astfel câtă vreme pentru alt criteriu respectiv criteriul 1 autoritatea contractantă a acceptat că Euro Audit poate realiza o intervenție în 40 de minute trebuia să puncteze același aspect și în cadrul evaluării criteriului 2.

Principiul tratamentului egal coroborat cu principiul proporționalității poate fi valorificat și în maniera propusă de CNSC, nefiind posibil ca o ofertă să fie apreciată ca neconformă pentru că nu răspunde la un criteriu de evaluare în secțiunea dedicată respectivului criteriu, dacă răspunsul la acest criteriu se află într-o altă secțiune a aceleiași oferte. În mod evident că aceasta situație nu poate fi apreciată a fi o modificare a ofertei inițiale sau o încălcare a art. 77 din HG 867/2016. Totodată este exclusă o încercare a Euro Audit de inducere în eroare în scopul de a câștiga licitația, căta vreme se prevede că se acorda punctaj maxim pentru indicarea oricărui timp de intervenție de până la 12 ore. Deci era posibil a se obține punctajul maxim și cu 10 minute și cu 40 de minute și cu 11 ore, ceea ce este o dovadă neechivocă că indicarea celor 10 minute nu ducea la câștigarea procedurii de achiziție.

Prin răspunsul la clarificări nu s-a modificat oferta inițială, iar valorificarea timpului de intervenție indicat ca fiind de 40 de minute nu creează un avantaj în favoarea Euro Audit contrar art. 2 din Legea 100/2016, căta vreme acest ofertant a indicat acest termen și în cadrul ofertei depuse inițial cât și în răspunsul la clarificări.

CNSC nu a ajuns la o concluzie greșită pornind de la o premisă greșită ci a analizat toate aspectele mai sus redate, iar în urma acestei analize a ajuns la concluzia sus indicată ce respectă conținutul documentației de atribuire privit ca ansamblu respectiv prin coroborarea diverselor prevederi și nu punctual și abstracție făcând de restul acestor prevederi cum propun cele două petente prin plângerile formulate.

Așa cum s-a arătat deja motivele formulate în subsidiar nu pot fi analizate pe fond câtă vreme nu se regăsesc în raportul intermediar la procedurii și nu au fost comunicate către Euro Audit.

În ceea ce privește cererile formulate în subsidiar este necesar a se preciza că prezenta plângere examinează legalitatea și temeinicia deciziei pronunțate de CNSC. Or în aceste limite se poate concluziona că decizia CNSC este clară și neechivocă atât în ceea ce privește dispozitivul cât și considerentele. Dispozitivul obligă la reevaluarea ofertei Euro Audit din perspectiva criteriului 2 conform motivării, iar motivarea indică neechivoc că termenul ofertat de Euro Audit este de 40 de minute ce include și timpul de deplasare. Totodată câtă vreme se cerea ofertarea timpului de intervenție de la momentul sesizării justificate distincția între termenul de deplasare și cel de intervenție propriu zisă nu are nici o relevanță în reevaluarea dispusă. În aceste limite în care se judecă plângerea nu este necesar așadar nici o lămurire suplimentară pentru ca autoritatea contractantă să procedeze la reevaluarea dispusă de CNSC.

Având în vedere toate aceste considerente în baza textelor de lege sus indicate și a art. 34 din Legea 101/2016 Curtea va respinge plângerile conexe ce fac obiectul prezentei judecăți ca nefondate.

În baza art. 68 din Legea 101/2016 corob. cu art. 451, 453, 455 NCPC va obliga cei doi petenți să suporte cheltuielile efectuate de către intimata Euro Audit Service SRL în etapa plângerii

cheltuieli constând în onorariu avocațial dovedit prin înscrisurile depuse la termenul de judecată din data de 25.09.2020 în parti egale, respectiv câte 7950,54 lei (f. 62,63 ).



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

Respinge plângerea formulată de petentul **Municipiul Bistrița**, reprezentat legal prin Primarul municipiului Bistrița, Ovidiu Teodor Crețu, în temeiul art. în temeiul art. 109 și 154 alin. (6) din OUG nr. 57/2019 privind Codul administrativ, având sediul în municipiul Bistrița, str. Piața Centrală nr. 6, jud. Bistrița-Năsăud, CUI - 4347569, nr. cont R095TREZ 10124510220XXXXX deschis la Trezoreria Bistrița și plângerea formulată în dosarul conexat de petenta **Elba Com SA**, cu sediul în localitatea Ghiroda, Calea Lugojului, nr. 126, jud. Timiș, cod poștal 307200, înregistrată la Registrul Comerțului de pe lângă Tribunalul Timiș sub nr. J35/559/2000, având CUI RO 13108765, reprezentată legal prin Director General ing. Romulus Povian, prin Societatea civilă profesională de avocați Zegrean, Gaftone & Asociații prin avocat Gaftone George, cu sediul în Bistrița, str. Gheorghe Pop de Băsești nr. 15 jud. Bistrița Năsăud ambele împotriva deciziei CNSC nr. 1441/C3/1525/19.08.2020.

Obligă petentele la plata în favoarea intimatei **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. -115/954/2004, cod unic de înregistrare 16869469, cad de identificare fiscală RO16869469, cont bancar RO25WBANQ01696067244RO01 deschis la San Paolo Bank, reprezentată legal prin administrator Alexandru Cârliș, reprezentată convențional prin avocat Oana Gavrilă, cu sediul profesional în București, str. Doctor Dimitrie Drăghiescu nr. 11, sector 5, a sumei de 15.901,08 lei în părți egale, respectiv câte 7950,54 lei.

Definitivă și executorie.

Pronunțată prin punerea minutei la dispoziția părților prin intermediul grefei azi, 25.09.2020.

Președinte,  
Anamaria Gabriela Vida-  
Sîmîti

Judecător,  
Alexandrina Amalia Marin

Judecător,  
Delia Marusciac

Grefier,  
Angelica-Elena Gîrță

Red. A.A.M./U.K.G.  
4 es./09.10.2020

