

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 100/C9/3305

Data: 14.01.2022

Prin contestația nr. 4543/20.12.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 66424/21.12.2021, depusă de, lider al Asocierii formate din și, cu sediul în, privind procedura de licitație deschisă organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect *Dezvoltarea și Implementarea unor Platforme Integrate MDM&MDC, inclusiv a serviciilor de implementare și customizare software pentru adaptarea la procesele de business ale entităților contractante, și a Infrastructurii Hardware necesare funcționării Platformelor MDM&MDC. Servicii recurente de suport și mentenanță pentru Platformele integrate MDM&MDC și Infrastructura HW aferentă.*

Achiziția de servicii de implementare și operaționalizare necesare realizării unui Sistem Avansat de Management al Activelor al rețelei de distribuție a energiei electrice, pentru investițiile:

- Implementarea unui Sistem de Distribuție Inteligentă a energiei electrice, într-o zonă omogenă din cartierul Rogerius, loc. Oradea,

- SMIRC - Soluții de măsurare inteligentă Regiunea Centru – Orașele Codlea și Ghimbav, Județul Brașov

- Realizarea unui sistem de distribuție inteligentă, într-o zonă omogenă de consumatori de energie electrică din cartierele Țiglina 1, Țiglina 2, Țiglina 3, Țiglina 4 din Municipiul Galați, Județul Galați”, cod CPV 72260000-5 Servicii de software (Rev.2), de, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în, contestatoarea a solicitat: anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor anterioare și/sau subsecvente incidente ori conexe acesteia emise de entitatea contractantă, inclusiv comunicările rezultatului procedurii, în ceea ce privește evaluarea ofertei sale și evaluarea ofertei declarate câștigătoare; dispunerea reluării evaluării ofertei sale cu consecința constatării caracterului conform și acceptabil al acesteia; dispunerea reluării evaluării ofertei declarate câștigătoare cu consecința respingerii acesteia; obligarea părții adverse la plata

cheltuielilor ocazionate de contestație conform dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea 101/2016.

Prin adresa nr. 841/31.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17/03.01.2022, ..., lider al asocierii (oferant lider) - SRL - GmbH, cu sediul în sat, în calitate de administrator, depune cerere de intervenție în interes propriu în prezenta cauză, solicitând admiterea cererii de intervenție, respingerea contestației formulate de, în calitate de lider al asocierii formate din și ca neîntemeiată și nefondată, menținerea ca temeinic și legal a raportului procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică nr. 115379/08.12.2021 și a comunicării nr. DEER/266958/10.12.2021, prin care oferta depusă de asocieria (oferant lider), ... SRL și GmbH a fost declarată câștigătoare pentru toate motivele invocate în cadrul acestora, menținerea comunicărilor rezultatului aplicării procedurii și continuarea procedurii de achiziție publică.

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

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul critică rezultatul procedurii organizată pentru atribuirea contractului având ca obiect *Dezvoltarea și Implementarea unor Platforme Integrate MDM&MDC, inclusiv a serviciilor de implementare și personalizare software pentru adaptarea la procesele de business ale entităților contractante, și a Infrastructurii Hardware necesare funcționării Platformelor MDM&MDC. Servicii recurente de suport și mentenanță pentru Platformele integrate MDM&MDC și Infrastructura HW aferentă.*

Achiziția de servicii de implementare și operaționalizare necesare realizării unui Sistem Avansat de Management al Activelor al rețelei de distribuție a energiei electrice, pentru investițiile:

- *Implementarea unui Sistem de Distribuție Inteligentă a energiei electrice, într-o zonă omogenă din cartierul Rogerius, loc. Oradea,*
- *SMIRC - Soluții de măsurare inteligentă Regiunea Centru – Orașele Codlea și Ghimbav, Județul Brașov,*

- Realizarea unui sistem de distribuție inteligentă, într-o zonă omogenă de consumatori de energie electrică din cartierele Țiglina 1, Țiglina 2, Țiglina 3, Țiglina 4 din Municipiul Galați, Județul Galați, cod CPV 72260000-5 Servicii de software (Rev.2), de, în calitate de entitate contractantă, solicitând cele precizate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea arată că, prin comunicarea rezultatului nr. DEER/266656/10.12.2021, a fost informată că oferta sa a fost respinsă, fiind considerată inacceptabilă și neconformă, entitatea contractantă apreciind că răspunsurile la clarificări ar fi neconcludente, iar, pe de altă parte, că oferta este, oricum, neconformă, prin raportare la anumite cerințe în privința cărora s-a considerat că nu ar fi îndeplinite în totalitate.

Considerând nelegal rezultatul procedurii, a solicitat entității contractante acces la documentele dosarului achiziției. În urma studierii dosarului în data de 15.12.2021, susține că a constatat că, pe lângă respingerea nelegală și abuzivă a ofertei sale, oferta asocierii - SRL - GmbH a fost declarată câștigătoare, deși nu îndeplinește mai multe cerințe obligatorii, inclusiv în ceea ce privește experiența similară relevantă, iar propunerea tehnică a fost depusă în mod evident inadmisibil, sens în care a decis formularea contestației.

Totodată, contestatoarea susține că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu respectă obligația informării corespunzătoare a ofertantului respins, explicațiile aduse neconfirmând efectuarea unei evaluări corespunzătoare a propunerii tehnice a asocierii

În dreptul achizițiilor publice, motivarea constituie o garanție împotriva arbitrariului entității contractante. Afirmarea acestui scop esențial constituie o preocupare constantă a CJUE, invocând în susținere Cauza C-410/14, Dr. Falk Pharma, Hotărârea pronunțată la data de 2 iunie 2016.

Contestatoarea susține că răspunsurile de clarificare oferite au fost în mod greșit interpretate de entitatea contractantă ca fiind neconcludente.

Răspunsurile asocierii nu puteau viza aspecte concrete pe care, de fapt, comisia dorea a fi clarificate, astfel cum reiese din comunicarea rezultatului procedurii, pentru simplul motiv că solicitările de clarificare nu au fost formulate în acest sens. Asocierea nu putea și nici nu trebuia să anticipeze ceea ce, de fapt, dorește comisia de evaluare să clarifice.

Atât principiile achizițiilor publice cât și jurisprudența în materie indică, mai degrabă, obligația autorității/entității de a solicita clarificări, ori de câte ori există o îndoială cu privire la conținutul ofertelor prezentate.

În susținerea afirmațiilor invocă jurisprudența instanțelor de judecată române.

Contestatoarea mai susține că în mod eronat a fost reținut faptul că prin clarificări s-ar fi introdus elemente de condiționare a ofertei.

Aceasta arată că primul motiv de respingere a ofertei sale este reprezentat de faptul că entitatea contractantă a interpretat drept condiționare a ofertei (caracterizând-o ca constrângere nepermisă) mențiunea sa din răspunsurile de clarificare potrivit căreia „Pe baza a ceea ce am înțeles din descrierea cerinței și a informațiilor furnizate până acum, consideră că soluția oferită îndeplinește complet cerința. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)”.

În urma unei verificări a jurisprudenței disponibile în mod public pentru a vedea dacă au mai existat oferte respinse doar pentru că ofertantul a declarat că a elaborat oferta și o consideră conformă pe baza a ceea ce a înțeles din documentația de atribuire, susține că entitatea contractantă a făcut o gravă greșală.

Susține că o ofertă nu poate fi respinsă doar pentru că ofertantul a precizat că a elaborat-o pe baza a ceea ce a înțeles din documentația de atribuire și o consideră admisibilă.

Exprimarea nu echivalează cu o condiționare a ofertei interzisă de punctul 12.1.3 din caietul de sarcini, astfel cum este pretins prin comunicarea rezultatului.

Legea impune în sarcina comisiei de evaluare obligația fermă de a verifica dacă ofertele îndeplinesc cerințele minime impuse, de a le declara admisibile pe cele care le îndeplinesc și de a le respinge pe celelalte.

Contestatoarea precizează că o astfel de respingere a ofertei lezează, de altfel, principiul proporționalității în condițiile în care și dacă aprecia exprimarea folosită ca fiind o condiționalitate, putea și trebuia lămurit acest aspect pe calea transmiterii unei noi solicitări de clarificare, fiind de datoria entităților contractante, de a elimina orice dubiu înainte de respingerea unei oferte.

Arată în continuare că nemotivat și vădit nelegal este și motivul de respingere referitor la faptul că nu ar fi furnizat informații suplimentare cu privire la obligațiile contractuale prevăzute la cerințele 6.3.1 „responsabilitățile prestatorului”.

Precizează că referitor la cerințele din cadrul secțiunii 6.3.1. „Responsabilitățile Prestatorului” lit. a) - lit. e) din anexa 5.1 a caietului de sarcini, în secțiunea respectivă, sunt prevăzute obligații de natură contractuală care trebuie asumate sau nu. Nu a existat vreo cerință de a descrie modul în care ar urma să fie respectate obligațiile contractuale

nici în caietul de sarcini și nu a fost precizată nici prin solicitarea de clarificări transmisă.

Prin oferta depusă a menționat cu privire la fiecare dintre ele: „Cerință confirmată, înțeleasă și luată în considerare în oferta propusă. dispune de procese foarte stricte de control al calității și de guvernanta pentru a asigura cea mai înaltă calitate a serviciilor furnizate. Serviciile vor fi livrate în conformitate cu răspunsurile la descrierea tehnică”.

Față de aceste mențiuni, comisia de evaluare a transmis următoarea solicitare de clarificare:

Vă solicităm să vă clarificați poziția vis-a-vis de livrarea serviciilor în conformitate cu cerințele caietului de sarcini și nu „cu răspunsurile la descrierea tehnică (oferta tehnică)”.

Prin răspunsul oferit, a precizat:

„Da, confirmăm îndeplinirea cerinței. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)”.

Cum prin solicitarea de clarificări nu era cerut să se furnizeze informații suplimentare referitoare la modul de îndeplinire a responsabilităților Beneficiarului (fiind doar pretins să fie asumate prin referire la caietul de sarcini, nu prin referire la oferta sa), din analiza comunicării rezultatului rezultă că neconcludența răspunsurilor a fost reținută prin raportare la alte aspecte decât aspectul vizat de solicitarea de clarificare, sens în care respingerea este nelegală.

Contestatoarea mai susține că răspunsurile de clarificare nu au determinat o modificare a ofertei, concluzia entității fiind eronată și sub acest aspect.

Astfel, precizează că al treilea motiv de respingere constă în faptul că, în opinia comisiei de evaluare, prin unele răspunsuri de clarificare, s-ar fi modificat conținutul propunerii tehnice.

Comisia de evaluare apreciază, astfel, că, prin răspunsul de clarificare referitor la cerința 3.2.8 din anexa 5.1 - ST (Specificația Tehnică) prin care s-a confirmat îndeplinirea integrală a cerinței, inclusiv în sensul că gestionarea integrării contoarelor va fi asigurată printr-o comunicare bidirecțională, s-ar fi modificat mențiunile din cadrul propunerii tehnice.

Soluția ofertată asigură gestionarea integrării contoarelor atât prin comunicare unidirecțională, cât și bidirecțională. Sub nicio formă oferta sa nu este neconformă sub acest aspect.

Atât conținutul ofertei sale, cât și conținutul răspunsului de clarificare sunt valabile și aplicabile în egală măsură și în mod concomitent, neexistând vreo contradicție și nici vreo schimbare de soluție ofertată. Răspunsul de clarificare nu înlocuiește mențiunile

ofertei, astfel încât, *de plano*, să poată fi pusă în discuție modificarea ofertei.

Prin urmare, consideră că, în speță, concluzia comisiei este o simplă speculație fundamentată exclusiv pe semantica exprimărilor folosite.

Prin confirmarea ulterioară a îndeplinirii cerinței, a dorit să evidențieze faptul că, în cazul în care integrarea unidirecțională este singura modalitate posibilă, va integra unidirecțional, iar în cazul în care integrarea bidirecțională este posibilă, va putea asigura integrarea într-un mod bidirecțional. Prin urmare, cerința este îndeplinită și nu schimbă oferta tehnică (este doar o eroare de interpretare a răspunsului).

Precizează că nu a existat vreo cerință explicită prin caietul de sarcini sau specificația tehnică (SP) potrivit căreia să se ceară ofertanților să indice în ofertă ce fel de comunicări sunt asigurate.

Dimpotrivă, potrivit titlului capitolului 3.2.9 din caietul de sarcini „Sistemul de măsură inteligent include sub-sisteme de măsură și transmiterea informației de la contoare” s-ar putea interpreta că comunicarea cerută este unidirecțională, iar ulterior, comisia de evaluare a realizat că formularea este eronată, iar prin solicitarea de clarificare transmisă, a cerut confirmarea posibilității de implementare a unei comunicări de tip bidirecțional.

Precizează că, prin răspunsul comunicat, a confirmat că soluția asigură în egală măsură și comunicarea bidirecțională.

Pretinsă modificare a ofertei a fost considerat și răspunsul de clarificare cu privire la cerința 6.2.16 subpunctul 5 din anexa 5.1 caietul de Sarcini, deși acesta a avut următorul conținut: „Da, confirmăm îndeplinirea cerinței. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)”, raportat la mențiunile relevante din propunerea tehnică depusă, respectiv: „Cerința confirmată, înțeleasă și luată în considerare în oferta propusă. Datorită faptului că soluția noastră va fi adaptată la cerințe numai prin parametrizare, nu este planificată nicio dezvoltare. Modul de execuție iterativă a proiectului va fi precis definit și planificat în faza de proiectare”.

Comunicarea rezultatului conține, de altfel, mențiuni extrem de ambigue în această privință și nu reiese, fără dubiu, motivul concret de respingere. Comisia de evaluare nu invocă vreo neconformitate identificată și nici nu precizează în ce sens cuprinsul ofertei sale ar indica o neconformitate. Astfel, și acest motiv de respingere apare ca fiind nemotivat.

În al doilea rând, cerința în discuție nu se referă la obligații concrete de a include anumite informații specifice în propunerea tehnică

sau de a detalia anumite aspecte, sens în care, cu atât mai mult, respingerea este superficială și formală.

Pentru edificare redă conținutul cerinței care trebuia respectată de ofertanți.

Contestatoarea precizează că nici motivul 4 pentru care clarificările au fost considerate neconcludente nu poate fi reținut ca valabil.

Astfel, arată că, în privința cerinței 1.1.4 lit. a) din anexa 5.1 - ST, comisia de evaluare a apreciat că, prin răspunsul de clarificare furnizat, au fost incluse ipoteze ce ar determina condiționalitatea ofertei de îndeplinirea acestor ipoteze.

Însă, consideră că răspunsul de clarificare este interpretat în mod complet greșit. După cum reiese din formularea utilizată, nu este vorba de ipoteze care să condiționeze îndeplinirea cerinței impuse, ci de detalierea informațiilor de care este nevoie de la contoare (informații care, de altfel, sunt standard și sunt necesare pentru fiecare soluție în parte, aplicabile în egală măsură și celorlalți ofertanți). Mai mult, aceste solicitări de informații nici nu sunt obligatorii, nu condiționează implementarea soluției, menționând expres că, dacă nu sunt disponibile, entitatea contractantă va clarifica ipotezele corecte/aplicabile de lucru.

Susține că modul extrem de superficial în care a fost respinsă oferta sa denotă nu doar un formalism excesiv, dar chiar lipsa unei analize corespunzătoare a conținutului ofertei și, deopotrivă, superficialitatea membrilor comisiei de evaluare.

Cu privire la motivul 5 pentru care clarificările au fost considerate neconcludente, susține că este vorba de o eroare pur formală (care putea fi clarificată cu ușurință), fiind contrar principiului proporționalității respingerea unei oferte doar pentru o indicare eronată a unei anexe.

Cu privire la motivul 6 pentru care clarificările au fost considerate neconcludente susține că este vădit nelegal, respingerea fiind reținută prin raportare la alte aspecte decât cele pentru care a fost formulată solicitarea de clarificare.

În legătură cu cerința 2.5.11 din Anexa 5.1 - ST i-a fost transmisă o solicitare generală să clarifice „poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia”.

Totodată, susține că, în ofertă, a precizat destul de clar că „soluția acoperă aceste cerințe prin așa-numitele statistics și exceptions (...)”, sens în care este vădit inutilă o solicitare prin care să reconfirme că îndeplinește integral cerința.

În concret, comisia reține că nu a clarificat „posibilitatea definirii indicatorilor de performanță fără costuri suplimentare”, însă contestatoarea susține că nu a primit o solicitare concretă și explicită în acest sens.

Cu privire la motivul 7 pentru care clarificările au fost considerate neconcludente, contestatoarea susține că nu este reținut în mod legal.

În primul rând, este ambiguă și confuză rațiunea pentru care au fost considerate neconcludente clarificările cu privire la cerințele 3.2.9 lit. a) - lit. d) și cerința 3.2.10 lit. a) din cadrul documentului „9.1._anexa 5.1.a - Matrice Trasabilitate_Răspuns” din anexa 5.1 - ST (Specificația Tehnică), sens în care motivul 7 pentru care răspunsurile au fost considerate neconcludente apare ca fiind nemotivat și reținut în mod formal.

În privința motivelor de neconformitate, susține următoarele:

Astfel, cu privire la motivul de neconformitate 1, apreciază că este nelegal, fiind reținut în mod artificial.

În acest sens, arată că, în privința cerinței 1.1.26 lit. d) din anexa 5.1 - ST documentul „9.1._Anexa 5.7.0 - Matrice Trasabilitate-Răspuns” entitatea contractantă a respins oferta sa, considerând că cerința în discuție nu este respectată, deoarece prin răspunsul de clarificare s-ar fi condiționat realizarea dezvoltării interfețelor prin limitarea efectuării acesteia doar prin protocol sau standard.

Contestatoarea menționează că motivul de respingere este pur formal, denotă reaua-credință a modului în care a fost evaluată oferta sa, superficialitatea comisiei de evaluare și preocuparea continuă a acesteia de a „fabrica” motive de respingere a ofertei.

Cum cerința din documentația de atribuire nu indică folosirea anumitor tehnici de integrare și de dezvoltare a interfețelor și nici nu exclude vreuna dintre tehnicile existente, ci doar finalitatea asigurării dezvoltării interfețelor și integrării contoarelor, consideră că oferta sa a fost respinsă prin raportare la o cerință neprevăzută în documentația de atribuire, de vreme ce soluția ofertată asigură finalitatea prevăzută de cerință.

Susține că și motivul de neconformitate 2, este reținut nelegal.

În acest sens arată că, în referire la cerința 2.4.6 din anexa 5.1 - ST documentul „9.1._Anexa 5.1.a - Matrice Trasabilitate-Răspuns”, entitatea contractantă a reținut eronat că nici prin ofertă și nici prin răspunsul de clarificare nu ar fi demonstrat îndeplinirea cerințelor privind autentificare și autorizare în sistem pe baza RBAC și posibilitatea autorizării prin infrastructura LDAP, Identity Manager și Single Sign Out.

Dacă verifica informațiile din ofertă, comisia de evaluare putea constata îndeplinirea cerinței inclusiv prin raportare la autentificare și autorizare în sistem pe baza RBAC și posibilitatea autorizării prin infrastructura LDAP, Identity Manager și Single Sign Out.

Cu privire la motivul 3, consideră că respingerea este nelegală și acesta este reținut prin raportare la o solicitare de clarificare inexistentă.

Astfel, în privința cerinței 2.4.8 din Anexa 5.1 - ST documentul „9.1._Anexa 5.1.a - Matrice Trasabilitate-Răspuns”, oferta sa a fost respinsă, deoarece s-a reținut că, prin aceasta și prin răspunsul de clarificare furnizat, nu ar fi demonstrat că soluția propusă asigură interfațarea cu o infrastructura PKI de chei publice folosind protocoalele indicate expres prin solicitarea de clarificare transmisă.

Cu privire la motivul 4 de neconformitate, contestatoarea susține că și acesta nu este legal.

Prin raportare la cerința 2.4.13 din Anexa 5.1 - ST documentul „9.1._Anexa 5.1.a - Matrice Trasabilitate-Răspuns”, prin solicitarea de clarificare a fost cerută, iarăși, clarificarea poziției privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia, nu „o asumare în mod individual a tehnologiilor de comunicații, protocoalelor și standardelor”.

Comisia de evaluare putea observa că, în secțiunea 2.2.1.1 Implementarea infrastructurii de măsurare existente și noi (pag. 31-34, 37-38) din cadrul ofertei, este prezentat în detaliu modul de integrare a infrastructurii contoarelor, prezentare din care comisia de evaluare putea și trebuia să observe tehnologiile, protocoalele și standardele asumate de contestatoare.

Cu privire la motivul 5 de neconformitate, consideră că și acesta este, în egală măsură, reținut în mod nelegal.

Astfel, referitor la cerințele 3.1.6, 3.1.7 (b, c, d, e, f) și figura 1 „Standarde de comunicație deschise acceptabile pe niveluri de interconectare, conform modelului OSF din Anexa 5.1 - ST documentul „9.1._Anexa 5.1.a - Matrice Trasabilitate-Răspuns”, deși prin răspunsul de clarificare a indicat expres îndeplinirea cerinței, precum și faptul că confirmarea îndeplinirii se aplică pentru toate sucursalele entității, comisia de evaluare a respins oferta pentru că răspunsurile „nu confirmă îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia, rezultă că cerințele sunt parțial îndeplinite”.

Susține că un astfel de motiv de respingere nu poate fi reținut ca valabil de Consiliu în lipsa precizării exprese a motivelor concrete de respingere, fapt ce o pune în imposibilitatea formulării unor apărări de fond concrete pe calea contestației.

Referitor la motivul 6 de neconformitate, precizează că nu este doar nelegal reținut, dar reprezintă o eroare a comisiei de evaluare ce pune în discuție superficialitatea întregului act de evaluare a ofertelor.

Astfel, cu privire la anexa 2B diagrama „1. diagrame procese măsură, care se vor implementa în platforma MDM/MDC” pct. 1.1 „Model de date” în cuprinsul căreia este prevăzută cerința ca unui client să îi poată fi alocate mai multe contoare, oferta sa a fost respinsă în mod total eronat.

Comisia de evaluare nu a înțeles răspunsul de clarificare, în cuprinsul acestuia se preciza în mod explicit: „Acestea fiind spuse, pentru a respecta constrângerile platformei Energy IP: «Punctele de serviciu trebuie să fie legate de un model de client» VA exista o singură înregistrare «implicită» a clientului și toate punctele de serviciu vor fi conectate automat la acesta.

Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)“.

Prin urmare, consideră că este colosală eroarea comisiei de evaluare, considerând că nu a citit cu atenție răspunsul său de clarificare și gravă superficialitate cu care, aparent, a evaluat ofertele.

Contestatoare prezintă în continuare motivele pentru care consideră că oferta asocierii a fost desemnată câștigătoare în mod nelegal.

Contestatoarea susține că oferta câștigătoare nu a respectat cerința de calificare referitoare la capacitatea tehnică și profesională. Dimpotrivă, față de prezentarea unor informații nereale în cadrul DUAЕ, comisia de evaluare trebuia să verifice incidența prevederilor art. 180 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 99/2016.

Sunte enumerate proiectele prezentate ca experiență similară și se susține că, în legătură cu fiecare proiect, ... GmbH nu a precizat în concret operațiunile realizate, astfel încât comisia de evaluare să fie în măsură să evalueze efectuarea cu succes a celor 4 tipuri de operațiuni principale solicitate prin cerința de calificare (operațiunile principale A - D) și nu a completat DUAЕ în mod corespunzător sub acest aspect.

Declarațiile GmbH cuprinse în DUAЕ nu au cum să fie corecte și nu au cum să fie confirmate prin documentele justificative furnizate.

Totodată subliniază faptul că nu i-a fost permis accesul la documentele justificative furnizate, dar, în mod obiectiv, nu au cum să confirme cele declarate.

Cerința impusă de Entitatea Contractantă cuprindea atât un prag valoric (27.832.545 lei fără TVA) cât și unul cantitativ, fiind cerut ca acele contracte prezentate să înglobeze cele patru tipuri de operațiuni principale (A - D).

Totodată, era prevăzut expres că sunt luate în considerare numai produsele și serviciile aferente componentei referitoare la platforma MDM/MDC. Cum cerința este de demonstrare a experienței similare și cum contractul licitat prevede produse și servicii aferente unei platforme mixte cu funcționalități atât MDM cât și MPC, este evident că puteau fi luate în considerare doar proiecte în care au fost furnizate produse și

servicii pentru platforme cu funcționalități mixte MDM și MDC, nu doar MDM sau MDC.

În mod corelativ, ... GmbH nu avea cum să demonstreze că contractul din Dubai invocat înglobează operațiunile principale B și D care se refereau la:

„B. Instalarea, integrarea și testarea, precum și punerea în funcțiune a platformelor integrate MDM/MDC;

D. Mentenanța/repararea, întreținerea/administrarea, prădarea aplicațiilor MDM/MDC”.

Mai mult, și dacă ar fi considerată relevantă doar în parte, cu siguranță că ponderile relevante împărțite pe tipuri de operațiuni nu sunt de 100%, cum a declarat GmbH, aspect neverificat în mod corespunzător de comisia de evaluare care a luat de bună declarația ofertantului.

În ceea ce privește proiectul Salzburg, ... GmbH pretinde că a efectuat implementarea a 470.000 de contoare electrice, însă potrivit celui mai recent Raport Oficial al Autorității de Reglementare din Austria (Monitoringbericht_Smart Meter_2021) emis în 2021, în Salzburg sunt doar 489 contoare electrice inteligente, sub nicio formă 470.000 cât pretinde că a instalat și conectat

Prin urmare, consideră că acesta este un număr foarte mic de contoare inteligente care, cu siguranță, nu echivalează cu valoarea contractuală destul de mare declarată prin DUAE.

Totodată, comisia de evaluare nu a defalcat în mod corespunzător ponderea relevantă și aplicabilă entității GmbH din cadrul asocierii cu Ericsson care a realizat proiectul și nici nu a stabilit în mod corect ponderile împărțite pe tipuri de operațiuni principale care nu au cum să fie de 100% astfel cum a declarat GmbH, în special pentru tipurile de operațiuni B și D.

Referitor la cel de al treilea proiect invocat (HM Power Suedia) sunt semne uriașe de întrebare legate de realitatea informațiilor declarate în condițiile în care HM Power AB este un furnizor de produse și soluții, nicidecum o entitate cu rol de distribuție utilități (electricitate, apă, gaz).

O altă critică adusă ofertei câștigătoare, este faptul că nu a respectat cerința referitoare la calificările personalului cheie.

Redând cerința 6.2.8 din caietul de sarcini (volumul 2 - caiet de sarcini - subsistem de gestiune a informațiilor de la contoare (MDM&MDC)), precizează că în cadrul ofertei declarate câștigătoare, managerul de contract nr. 1 propus a invocat ca experiență relevantă proiectul organizat de Termoficare Oradea pentru implementare și integrare platformă MDM, însă acest proiect nu îndeplinește condițiile pentru a fi luat în considerare.

Proiectul organizat de Termoficare Oradea pentru implementare și integrare platformă MDM, nu pentru instalarea de contoare inteligente și integrarea în MDM/MDC (HES), astfel cum este prevăzut prin cerința entității contractante. Adică experiență invocată ar privi doar platforma MDM nu și cea MDC (HES).

O situație asemănătoare se regăsește și în cazul managerului de contract nr. 2 în privința căruia, la fel, este invocată experiența relevantă provenită dintr-un contract de furnizare produse și servicii aferente doar unei platforme MDM.

În privința persoanei indicate ca dezvoltator de software (software developer) pentru poziția specialist model de date și securitate, în documentația studiată la sediul entității contractante, nu era menționat că acesta ar fi prezentat vreo diplomă de absolvire. De asemenea, în privința sa era invocată experiența rezultată dintr-un proiect denumit Home Solution AB, însă această entitate este un furnizor de servicii de tip real estate privind contorizarea de apă și electricitate.

În ceea ce privește specialistul IT pentru poziția de arhitect de soluție nr. 1, în documentația pusă la dispoziție de entitate, nu a identificat mențiunile necesare referitoare la faptul că acesta ar avea un curs de specializare absolvit privind certificarea de la producător referitoare la tehnologia utilizată pentru aplicațiile MDM și MDC, sens în care nu reiese că comisia de evaluare a verificat în mod corespunzător acest aspect.

Contestatoarea consideră că persoana propusă pentru poziția arhitect de soluții nr. 2 nu îndeplinește cerințe impuse prin documentația de atribuire.

Precizează că aceeași situație se regăsește și în cazul persoanei indicate pentru poziția arhitect de soluții nr. 3, și acesta demonstrându-și experiența pe baza unui proiect denumit HM Power AB.

Contestatoarea mai susține că oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă și pentru că ofertantul nu doar că nu demonstrează cum îndeplinește cerințele tehnice, dar nici măcar nu și-a asumat îndeplinirea lor în integralitate.

În anexa 2C transmisă în oferta asocierii Simetrix-Elsaco-....., pe coloana „proces” cu privire la anumite cerințe tehnice, aceasta a menționat doar că „s-a luat la cunoștință”. În plus, restul de coloane din anexa 2C (cum sunt, Etapa, Interfețe MDM-SAP, Interfețe ADMS-MDM, Meter Use Cases, Mapare/Cerințe) nu au fost, în mare proporție, completate absolut deloc de către asocierea Simetrix-Elsaco

Astfel, precizează că, în condițiile în care apar diferențe semnificative între modul în care a fost evaluată oferta sa și neconformitățile evidente din cadrul ofertei asocierii Simetrix – Elsaco

-, se impune ca în soluționarea contestației să se țină cont și de jurisprudența Curții Europene de Justiție prin care au fost analizate chestiunile juridice în discuție inclusiv din perspectiva verificării modului în care a fost asigurată aplicarea principiului tratamentului egal.

În acest sens, indică Hotărârea pronunțată la data de 29 martie 2012 în cauza C-599/10, SAG Slovensko a.s. și alții și Jurisprudența constantă CJUE ce statuează obligația entităților contractante de respectare a principiului egalității de tratament al ofertanților, care are ca obiectiv favorizarea dezvoltării unei concurențe corecte și efective între întreprinderile participante la procedurile de achiziții.

Prin adresa nr. DEER/276940/27.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 67588/27.12.2021, entitatea contractantă transmite punctul de vedere cu privire la contestație.

Aceasta precizează că, având în vedere multitudinea de motive pentru care oferta contestatoarei a fost declarată neconformă, este suficient ca cel puțin unul singur să reziste criticilor contestatoarei, pentru ca oferta să rămână în continuare respinsă.

Susține, în primul rând, că adresa reprezentând comunicarea rezultatului procedurii îndeplinește cerințele prevăzute de art. 228 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016. La fiecare punct pentru care oferta contestatoarei a fost respinsă a fost prezentat și motivul concret pentru care comisia a considerat că oferta nu îndeplinește cerințele caietului de sarcini sau răspunsul la clarificări este neconcludent. Nu există vreun aspect nemotivat în cuprinsul comunicării către contestatoare.

În al doilea rând, precizează că solicitările de clarificări au fost formulate clar și concis pentru fiecare aspect solicitat a fi clarificat, însă contestatoarea a fost cea care, la întrebări similare a răspuns clar și complet, iar la alte întrebări a evitat răspunsul clar și concis.

În susținere redă solicitări de clarificări la care unele răspunsuri au fost concludente sau nu.

Totodată susține că, prin răspunsurile la clarificări, s-au introdus elemente de condiționare a ofertei.

Astfel, cu privire la răspunsul oferit de contestatoare, *„Pe baza a ceea ce am înțeles din descrierea cerinței și a informațiilor furnizate până acum, considerăm că soluția îndeplinește complet cerința (...)”*, oferit la aproximativ 25 de solicitări de clarificări, operatorul contestatoare a creat mai multe neclarități comisiei de evaluare decât să clarifice ceea ce i s-a solicitat.

Precizează că documentația de atribuire a rămas definitivă prin necontestarea ei (inclusiv răspunsurile de clarificări), aceasta este obligatorie pentru toți ofertanții participanți la procedură, în întregul ei.

Totodată, susține că un ofertant care își asumă îndeplinirea unei cerințe însă doar în baza a ceea ce a înțeles el din descrierea cerinței și a

informațiilor furnizate până acum de fapt nu își asumă îndeplinirea integrală a cerinței. Apare o condiționalitate a îndeplinirii cerinței, deoarece aceasta este îndeplinită în baza a ceea ce a înțeles ofertantul, ori aici se pot ivi probleme de genul: cât a înțeles ofertantul din cerința și ce a înțeles, acest aspect fiind interzis prin prevederile art. 12.1.3 din caietul de sarcini.

Un alt răspuns care introduce condiționalități și care a fost considerat neconcludent de către comisia de evaluare se referă la anexa 5.1-ST, la cerința 1.1.4, lit. a, punctul i.

Astfel, deși i s-a cerut expres contestatoarei să explicitizeze modul de integrare a contoarelor existente, cu îndeplinirea cerinței fără condiții restrictive suplimentare, aceasta a introdus un set de condiții privind realizarea integrării.

Conform documentației de atribuire, entitatea contractantă a admis că va furniza specificațiile tehnice ale contoarelor și concentratoarelor de date, sau ale HES-urilor, după caz, care conțin toate elementele necesare pentru dezvoltarea adaptoarelor de integrare a contoarelor și concentratoarelor de date, sau ale HES-urilor în MDC.

Între condiționalitățile incluse de contestatoare figurează unele care se găsesc în specificațiile tehnice, deci precizarea este redundantă și incompletă, specificațiile fiind mult mai complete în informații necesare integrării.

Pe lângă unele condiționalități, fără efect, contestatoarea a introdus și unele condiționalități, de altfel nenecesare pentru integrare, dar care sunt greu de furnizat de entitatea contractantă, și în concluzie sunt inacceptabile, respectiv furnizarea configurației implicite (ou-of-the-box) și furnizarea de firmware(uri).

Furnizarea configurației OTB, adică a configurației inițiale, este imposibil de păstrat și furnizat, mai ales pentru contoare instalate acum 6-10 ani și este nenecesară, atâta vreme cât se furnizează configurația reală, efectivă, la momentul curent integrării, care de fapt contează pentru integrare. Condiția introdusă este artificială și inacceptabilă. Riscul de acceptare a unei astfel de condiții duce la imposibilitatea entității contractante de a furniza astfel de configurații, astfel încât viitorul contractant poate invoca acest aspect în legătură cu neîndeplinirea obligațiilor sale contractuale(ex: nu-și poate executa contractul fără aceste configurații).

Furnizarea firmware(uri) de contoare este imposibilă, acest software fiind proprietatea intelectuală a producătorului de contoare și el nu este deținut de entitatea contractantă ca software separat, pentru a putea fi oferit ofertantului contestatar, în ipoteza în care i s-ar atribui contractul. Desigur, după ce dezvoltă adaptorul de integrare, entitatea contractantă va asigura furnizorului de soluție MDM/MDC accesul la unul

sau mai multe contoare de tipul respectiv, pentru teste de integrare, dar oferirea de software ca atare, cum solicită ofertantul contestatar, ca și condiție de realizare a integrării este nenecesară și inacceptabilă.

Prin urmare, entitatea contractantă consideră că răspunsul de clarificare menționat mai sus este restrictiv și inacceptabil și introduce o condiționalitate inacceptabilă pentru îndeplinirea unei cerințe.

Această neconformitate se extinde și asupra altor cerințe, respectiv 2.1.1 - 2 și 3.2.9 - ST MDM/MDC (anexa 1 la caiet sarcini).

Ofertantul a condiționat integrarea contoarelor de prezentarea anumitor informații, informații pe care entitatea contractantă nu le deține, astfel că introduce condiționalități și restricții în implementarea contractului, aspect interzis cu desăvârșire de prevederile art. 12.1.3 din caietul de sarcini.

Totodată, entitatea contractantă precizează că principiul proporționalității a fost respectat de către comisia de evaluare.

Cu privire la aspecte de ordin tehnic din contestație, entitatea contractantă prezintă următoarele argumente cu privire la evaluarea ofertei contestatoarei.

Referitor la cerința 3.2.8 din anexa 5.1 ST: „Totodată există o serie de fluxuri informaționale, la nivelul inferior Platformei, care trebuie integrate cu aceasta. În Figura 4, de mai jos, este ilustrată situația operațională în urma implementării Platformei MDM/MDC și trecerea la procesarea datelor de măsură pentru facturare din SAP în MDM/MDC”, contestatoarea susține faptul că nu și-a modificat oferta, deși rezultă clar faptul că prima dată a scris în ofertă: *„Părțile de integrare a contoarelor existente vor fi gestionate printr-o comunicare unidirecțională prin HES existent sau cu datele contorului în SAP (MMR)”* iar ulterior prin clarificări arată că *„Integrările contoarelor existente vor fi gestionate printr-o comunicare bidirecțională”*.

Entitatea contractantă precizează că, prin Dezvoltarea și Implementarea unor Platforme Integrate MDM&MDC dorește un sistem integrat care să gestioneze toate contoarele inteligente existente și care vor fi montate ulterior. O comunicare unidirecțională permite doar contoarelor să transmită către sistemul central datele lor, pe când o comunicare bidirecțională permite și sistemului central să transmită comenzi către contoare (și o astfel de comandă deosebit de importantă este cea de deconectare a contorului).

Entitatea contractantă indică cu titlul de exemplu *„Document 7.1_ANEXA 3.1_EXTRAS SF TN_final TN”* din documentația de atribuire, relevantă pentru comunicarea bidirecțională a contoarelor existente.

Referitor la cerința 6.2.16 subpunctul 5 din anexa 5.1 caietul de sarcini, entitatea contractantă susține că, în oferta tehnică, în răspunsul inițial la cerința entității contractante se precizează:

„Cerință confirmată, înțeleasă și luată în considerare în oferta propusă. Datorită faptului că soluția noastră va fi adaptată la cerințe numai prin parametrizare, nu este planificată nicio dezvoltare. Modul de execuție iterativă a proiectului va fi precis definit și planificat în faza de proiectare”, corelat cu răspunsul din matricea Readiness: „Platforma integrată MDM/MDC constă în livrarea unui produs out-of-box care în principiu este pregătit 75%”.

Entitatea contractantă susține că a solicitat să se clarifice poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia, având în vedere că pentru „îndeplinirea integrală a proiectului este nevoie de adaptarea și dezvoltarea soluției propuse, conform capitolelor 3 și 4 din CS”.

Răspunsul la solicitarea de clarificări a fost următorul: „Da, confirmăm îndeplinirea cerinței. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)”.

Prin urmare, un astfel de răspuns modifică oferta, deoarece dacă până acum nu se făcea și etapa de dezvoltare, după răspuns rezultă că se va face, însă acest aspect modifică oferta tehnică cuprinzând activități care nu au fost inițial ofertate (atât tehnic cât și bugetate financiar în oferta tehnică).

Totodată, precizează că însăși definiția achiziției include și etapa de dezvoltare.

Referitor la motivul nr. 5, pentru care oferta a fost declarată inacceptabilă, entitatea contractantă precizează că ofertanta contestatoare încearcă inducerea în eroare a Consiliului arătând că, din eroare de redactare, în răspunsul la solicitarea de clarificări a redactat 2D în loc de 2A.

Însă, contestatoarea a indicat comisiei de evaluare o anexă care conținea informații incomplete, o altă anexă, care face referire doar la contoare și nu acoperă cerințe fundamentale ale caietului de sarcini, cum sunt cele din Capitolul 4 „Model de date de business”, inclusiv atribute relevante. Prin urmare, entitatea contractantă a apreciat că nu exista viciu de formă care poate fi corectat conform art. 141 din HG nr. 394/2016, iar o nouă clarificare prin care solicita clarificarea clarificării era susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură, aspect interzis de același art. 141 din HG nr. 394/2016.

Referitor la motivul 6 pentru care oferta contestatoarei a fost declarată inacceptabilă, redând cerința din punctul 2.5.11 din anexa 5.1 ST, solicitarea de clarificări și răspunsul oferit, entitatea contractantă susține că, din analiza răspunsurilor, oferite atât prin oferta inițială depusă, cât și la clarificare, este evident că acesta refuză să abordeze acea parte a cerinței care se referă la faptul că entitatea contractantă va

putea defini, la faza BBP (design de detaliu) noi indicatori, pe care acesta trebuie să-i implementeze. Aceasta parte a cerinței este sistematic evitată și neasumata, făcând răspunsul la cerință neconform.

Ofertantul contestator susține, în oferta inițială, că detaliile se vor stabili, la faza BP, dar cu referire la statisticile și indicatorii prezentate/prezențați și nedefinite, nu și despre noi indicatori (suplimentari) care vor putea fi stabiliți de entitatea contractantă și care vor trebui implementați, în prețul acceptat al ofertei (fără costuri suplimentare).

Având în vedere refuzul de a accepta cerința în integralitate, respectiv în acea parte care solicită expres ca entitatea contractanta să poată defini noi indicatori la faza BBP, care să fie implementați, dar și circumstanțialitatea introdusă de ofertantul contestator pentru implementarea cerinței, reducând totul la nivelul său de înțelegere, nespecificat, comisia de evaluare a decis că răspunsul la această cerință este neconform.

Cu privire la cerința de la punctul 2.4.6 din anexa 5.1 ST, entitatea contractantă precizează că, deși contestatoarea prin răspunsul la clarificări a indicat faptul că, în documentul „4.oferta tehnică - descriere soluție semnat.pdf”, sunt prezentate detaliat în secțiunile 2.2.1.2.1 și 2.2.1.2.4 informațiile solicitate, unde este menționat inclusiv LDAP, la acele secțiuni este prezentat doar LDAP, nu și RBAC, cum solicita cerința și implicit solicitarea de clarificări *„Vă solicităm să vă clarificați poziția privind îndeplinirea integrala a cerinței și implementarea acesteia inclusiv cu referire la autentificarea și autorizarea accesului în aplicația MDM/MDc pe baza strategiei RBAC și la autorizarea prin integrarea în infrastructuri de tip LDAP (Lightweight Directory Access Protocol) și Active Directory, Identity Management și Single Sign On (conform structurilor implementate ale Beneficiarului)”*.

Prin urmare, entitatea contractantă susține că oferta contestatoarei nu îndeplinește cerința privitoare la strategia RBAC (strategia de implementare a accesului la aplicații al utilizatorilor autorizați pe baza de roluri și privilegii).

Cu privire la cerința de la punctul 2.4.8 din anexa 5.1 ST, entitatea contractantă precizează că societatea, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, nu indică expres, că aplicația poate realiza interfațarea cu o infrastructură PKI de chei publice folosind protocoalele menționate în solicitarea de clarificare respectiv: SCEP (Simple Certificate Enrollment Protocol), CMP (Certificate Management Protocol) sau echivalente si/sau sa indice acele protocoale echivalente, cum de altfel afirmă ca a făcut-o „explicit”. Răspunsul trebuia să demonstreze.

Protocoale dovedite în industrie arată faptul că soluția lor acceptă anumite protocoale, entitatea contractantă susținând că nu putut identifica câte și dacă aceste protocoale din industrie sunt cele solicitate

sau echivalente cu cele solicitate, contestatoarea necomunicând aceste aspecte.

Însă prin contestație, se vorbește despre protocoalele cunoscute și dovedite în industrie, astfel că, dintr-odată, este vorba despre toate protocoalele din industrie.

Entitatea contractantă mai precizează că, în contestație, se face referire la cerința 2.4.13 din anexa 5.1 ST, însă comunicarea rezultatului procedurii s-a referit la neîndeplinirea mai multor cerințe, respectiv, 2.4.3, 2.4.6, 2.4.10, 2.4.13, 2.4.14, 2.4.19, 3.1.2 lit. a), 3.1.10, 3.1.15 din anexa 5.1-ST, precum și a tuturor cerințelor din anexa 2C analiza GAP, din documentul „9.1._anexa 5.1.a-matrice trasabilitate răspuns”.

Toate răspunsurile primite la aceste solicitări de clarificări au fost: „Pe baza a ceea ce am înțeles din descrierea cerinței și a informațiilor furnizate până acum, consideram ca soluția oferită îndeplinește complet cerința”.

Prin urmare, entitatea contractantă a considerat că prin aceste răspunsuri nu s-a clarificat deloc poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia și nu s-a făcut referire deloc cu privire la specificațiile solicitate de comisia de evaluare.

Referitor la cerința punctului 2.4.14, entitatea contractantă precizează că a cerut să fie incluse în oferta toate standardele și protocoalele menționate în figura 1-1, chiar dacă numai unele dintre ele vor fi utilizate pentru faza inițială de exploatare (cum ar fi interfață NB-IoT (3GPP), iar contestatoarea a prezentat în ofertă că viitoarele protocoale de comunicare (cum ar fi interfață NB-IoT (3GPP) nu sunt incluse în ofertă, neaducând o clarificare suplimentară, respectiv, dacă acest protocol este sau nu inclus în oferta, ci doar a relatat comisiei de evaluare ca așa a înțeles cerința și că oferta îndeplinește cerința.

Cu privire la anexa 2B, entitatea contractantă precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, a precizat „Soluția noastră nu prevede modelarea clienților în baza de date MDM. În toate aspectele, MDM va procesa fiecare punct de serviciu separat, indiferent de relația sa cu înregistrarea «clientului».

Prin urmare, a considerat că contestatoarea nu îndeplinește cerința solicitată, deoarece nu poate modela clienții după situațiile existente în teren, reale.

Entitatea contractantă reiterează faptul că, în situația în care cel puțin unul dintre motivele de respingere a ofertei tehnice a contestatoarei rezistă și după analiza Consiliului, contestația formulată trebuie respinsă ca fiind neîntemeiată.

Totodată, solicită respingea susținerii contestatoarei cu privire la constatarea caracterului conform și acceptabil al ofertei sale, întrucât Consiliul poate dispune reevaluarea ofertei, în conformitate cu anumite

dispoziții din decizia dată, dar nu poate dispune ca oferta contestatoarei să fie declarata conformă, deoarece se substituie fără temei legal comisiei de evaluare.

Entitatea contractantă mai solicită ca, în cazul în care criticile cu privire la respingerea ofertei contestatoarei nu sunt admise, să se constate că societatea contestatoare va avea o ofertă respinsă, astfel încât îi lipsește interesul criticării ofertei declarate câștigătoare.

Referitor la criticile privind oferta câștigătoare, entitatea contractantă precizează că, într-adevăr, ofertantul declarat câștigător, cât și contestatoarea, nu au menționat în DUAЕ operațiunile efectuate (operațiunile principale A-D) și nu a completat DUAЕ în acest sens. Nici nu aveau cum și unde să completeze aceste operațiuni, mai ales datorită faptului că fișa de date a achiziției, III. 1.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, prevede la Modalitate de îndeplinire: La nivelul DUAЕ trebuie precizate de către ofertanți informații cum ar fi: numărul și data contractului invocat drept experiență similară, beneficiarul acestuia și datele sale de contact, data și numărul documentului de recepție, precum și ponderea și/sau activitățile pentru care a fost responsabil, împreună cu valoarea acestora, fără TVA.

Îndeplinirea cerinței se probează prin orice tip de document emis sau contrasemnat de o autoritate/entitate sau de clientul beneficiar privat.

Acestea au fost informațiile solicitate și completate în DUAЕ de către ofertanți. Ulterior, fiecare ofertant a răspuns solicitării de clarificări arătând fiecare cum se îndeplinește cerința privitoare la operațiunile A-D.

Cu privire la îndeplinirea de către ofertantul câștigător a cerinței privind experiența similară, entitatea contractantă precizează că acesta a îndeplinit integral cerința privind experiența similară.

Este detaliat modul de îndeplinire a cerinței prin intermediul proiectelor depuse.

Entitatea contractantă precizează că nu se specifică în cerință mărimea contractului și faptul că trebuie servicii aferente atât platformei MDM cât și a platformei MDC (MDM/MDC înseamnă MDM sau MDC).

Referințele contestatoarei față de domeniul și mărimea contractului depus ca și experiență a expertului cheie nu au cum să fie luate în considerare, deoarece se referă iarăși la cerințe inexistente din documentația de atribuire (nu s-a specificat ce mărime trebuie să aibă platforma și în ce domeniu).

Entitatea contractantă precizează că aceste susțineri sunt valabile și la criticile privind experiența managerului de contract 2.

Referitor la criticile privind faptul că oferta declarată câștigătoare trebuia respinsă și pentru că ofertantul nu doar că nu demonstra cum

îndeplinește cerințele tehnice, dar nici măcar nu și-a asumat îndeplinirea lor în integralitate, entitatea contractantă precizează că diferența esențială dintre răspunsurile formulate de către ofertantul câștigător și contestatoare este că ofertantul câștigător a răspuns cu informații detaliate la solicitările de clarificări ale comisiei de evaluare și nu cu răspunsuri vagi care ocoleau răspunsul.

Ofertantul desemnat câștigător a răspuns clar și ferm, în răspunsul la cererea de clarificare a entității contractante, că își asumă implementarea cerințelor din anexa 2C, fără vreo condiționalitate. Asta în condițiile în care a acceptat integrarea SAP-MDM și MDM-ADMS în condițiile specificate în anexa 1, adică cu detaliile precizate de entitatea contractantă la faza de implementare, respectiv la faza de design de detaliu (business blue print).

Referitor la afirmațiile care prejudiciază imaginea entității contractante și a membrilor comisiei de evaluare, entitatea contractantă precizează că sunt pure speculații, reiterând faptul că procedura a făcut obiectul verificării ex-ante a ANAP și s-au emis avize de conformitate, care au validat toate hotărârile comisiei de evaluare în ceea ce privește admiterea și respingerea ofertelor depuse. Evaluările s-au făcut și cu concursul unui expert tehnic numit în cadrul comisiei de evaluare, așadar, orice comentariu în plus ar fi de prisos.

Referitor la studierea dosarului achiziției, entitatea contractantă precizează că i-a permis accesul contestatoarei la consultarea dosarului achiziției publice, fără restricții de timp, punându-i la dispoziție toate documentele, mai puțin documentele care au fost declarate confidențiale de către ofertanți cu justificările aferente

Prin urmare, solicită respingerea contestației și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor de judecată reprezentând onorariul avocațial conform documentelor justificative de plată.

Dosarul achiziției și documentele necesare soluționării cauzei au fost înregistrate la Consiliu sub nr. 67681/28.12.2021.

Prin adresa nr. 841/31.12.2021, înregistrată la Consiliu sub nr. 17/03.01.2022, ..., ofertant declarat câștigător în prezenta procedură, depune cerere de intervenție în interes propriu, solicitând admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de, ca netemeinică și nefondată, sens în care a adus argumente. Este prezentat în detaliu modul de îndeplinire a cerinței privind experiența similară și a cerințelor privind expertii implicați în derularea contractului.

Urmare studierii dosarului cauzei în data de 10.01.2022, ... a depus concluzii scrise cu adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 1775/12.01.2022.

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

În vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect *Dezvoltarea și Implementarea unor Platforme Integrate MDM&MDC, inclusiv a serviciilor de implementare și customizare software pentru adaptarea la procesele de business ale entităților contractante, și a Infrastructurii Hardware necesare funcționării Platformelor MDM&MDC. Servicii recurente de suport și mentenanță pentru Platformele integrate MDM&MDC și Infrastructura HW aferentă,*

Achiziția de servicii de implementare și operaționalizare necesare realizării unui Sistem Avansat de Management al Activelor al rețelei de distribuție a energiei electrice, pentru investițiile:

- *„Implementarea unui Sistem de Distribuție Inteligentă a energiei electrice, într-o zonă omogenă din cartierul Rogerius, loc. Oradea”,*

- *„SMIRC - Soluții de măsurare inteligentă Regiunea Centru – Orașele Codlea și Ghimbav, Județul Brașov”*

- *„Realizarea unui sistem de distribuție inteligentă, într-o zonă omogenă de consumatori de energie electrică din cartierele Țiglina 1, Țiglina 2, Țiglina 3, Țiglina 4 din Municipiul Galați, Județul Galați”,* cod CPV 72260000-5 Servicii de software (Rev.2), de, în calitate de entitate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, conform anunțului de participare nr. CN1028249/09.02.2021, publicat în SICAP. Din informațiile anunțului de participare, Consiliul a reținut că valoarea estimată a contractului de achiziție publică de servicii care urmează a se atribui este de 83.497.635,00, fără TVA, criteriul de atribuire este *Cel mai bun raport calitate-preț*, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost 17.05.2021, ora 15:00.

Nemulțumită de rezultatul procedurii, comunicat cu adresa nr. DEER/266656/10.12.2021, ..., lider al asocierii
-, a înaintat contestația în analiză.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 1.669.952,70 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 207714209/1, eliberată de CEC BANK, Sucursala Victoria, la data de 20.12.2021.

Vizavi de cererea de intervenție formulată de, lider al asocierii (ofertant lider) - SRL - GmbH SRL, văzând că aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind declarată câștigătoare prin raportul procedurii de atribuire nr. 115379/08.12.2021, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul entității contractante. Cererea de intervenție va fi soluționată ca cerere de intervenție accesorie în

interesul entității contractante, respectiv acela de menținere a deciziei de respingere a ofertei asocierii și și de declarare a ofertei sale câștigătoare a procedurii.

Trecând la analiza contestației, Consiliul constată că oferta asocierii - (asocierea) a fost respinsă pentru 7 motive de inacceptabilitate și 6 motive de neconformitate. S-au comunicat următoarele:

Primul motiv de inacceptabilitate a fost următorul:

1. Cerințele de prezentare a propunerii tehnice, precizează clar în Capitolul 12 „Modul de prezentare a ofertei”, la punctul 12.1.3 din caietul de sarcini „4_CS-Vol.2_PLATFORMA MDMDC_2020.10.20_MN_rev 1_semnat SICAP.pdf”:

„Răspunsul explicativ al Ofertantului, referitor la o cerință tehnică sau organizatorică, nu trebuie să introducă elemente de condiționare a îndeplinirii cerinței, altele decât cele incluse în cerința inițială din ST sau CS”.

Cerința de prezentare a ofertei tehnice a fost preluată și în fișa de date, la Cap. IV.4.1. „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, punctul 2.

În cazul cerințelor 2.4.3; 2.4.6; 2.4.10; 2.4.13; 2.4.14; 2.4.19; 3.1.2 lit.a); 3.1.10; 3.1.15 din Anexa 5.1-ST, precum și a tuturor cerințelor din Anexa 2C Analiza GAP, din documentul „9.1._Anexa 5.1.a-Matrice Trasabilitate_Raspuns”, solicitările de clarificări formulate de entitatea contractantă sunt simple și clare: „vă solicităm să vă clarificați poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia” și, în mod corect, implică un răspuns de confirmare sau infirmare fără alte nuanțe.

Răspunsurile pe care le-ați prezentat sunt neconcludente. Cuprind o formulare preluată ca laitmotiv la toate cerințele enumerate:

„Pe baza a ceea ce am înțeles din descrierea cerinței și a informațiilor furnizate până acum, considerăm că soluția oferită îndeplinește complet cerința. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate succursalele DEER (TN, TS și MN).”

Această modalitate de răspuns nu poate fi acceptată, deoarece condiționează îndeplinirea cerinței de gradul de înțelegere al ofertantului. Este o constrângere, care nu este permisă, mai ales în condițiile prevăzute la modul de prezentare a ofertei.

Oferta prezentată, corelată cu răspunsurile la solicitările de clarificări trebuie să se plieze pe cerințele entității contractante și să nu prevadă circumstanțialități care pot denatura scopul achiziției, astfel încât la momentul implementării proiectului, punerea în practică să fie la dispoziția „înțelegerii” ofertantului.

Vizavi de acest motiv de respingere, litigiul dintre părți pornește de la interpretarea exprimării contestatoarei „din ceea ce am înțeles din descrierea cerinței...”, aceasta considerând că „este subînțeles că ofertele sunt elaborate pe ceea ce înțeleg ofertanții din cerințele documentației de atribuire”.

Într-adevăr, ofertele sunt elaborate după cum consideră și înțelege fiecare operator economic raportat la cerința impusă, însă nu se poate susține că o specificație tehnică este îndeplinită sau neîndeplinită prin raportare la înțelegerea ofertantului.

Câtă vreme a acceptat documentația de atribuire, prin depunerea ofertei, este subînțeles că specificațiile tehnice trebuie îndeplinite întocmai, în caz contrar, oferta urmând a fi respinsă.

Ofertanta trebuia să răspundă în mod concret cum anume îndeplinește cerința vizavi de care s-au solicitat clarificări, pentru ca entitatea contractantă, prin comisia de evaluare, să decidă dacă este sau nu îndeplinită, nu să lege răspunsul său de propria sa înțelegere. Soluția propusă se reflectă în propunerea tehnică întocmită, fiind evident că este proprie fiecărui operator economic, însă dacă entitatea contractantă solicită îndeplinirea unei anumite specificații tehnice, această poate fi îndeplinită sau nu, neputându-se considera că după cum a înțeles un operator este îndeplinită și după cum a înțeles alt operator nu este îndeplinită.

Raportarea unui răspuns la clarificări de o înțelegere proprie nu poate determina concludența răspunsului.

În concret, luând ca exemplu solicitarea 2.4.10 "Va solicitam sa va clarificati pozitia privind indeplinirea integrala a cerintei si implementarea acesteia fara sa ne trimiteti la anexa decat daca este absolut necesar si in acest caz sa ne indicati exact pagina, paragraful unde se gaseste dovada indeplinirii cerintei , inclusiv cu referire la "asigurarea securitatii cibernetice intre MDM/MDC si alte sisteme operaționale ale Beneficiarului cu care platforma MDM/MDC se poate interfața (de ex. SAP, ESB, WFM, etc) si pentru care trebuie implementate aranjamente de securitate de tip Web Services (HTPPS, SSL/TSL) pe baza REST sau SOAP, comunicațiile trebuind securizate prin TSL, autentificarea trebuind făcută pe bază de certificate si cu autentificare HTTP Digest și Web Services Security pentru servicii SOAP."

Va solicitam sa ne clarificati daca interfatarea cu un PKI extern este limitata la cel produs de firma Worldline.

Răspunsul ofertantei a fost: "Pe baza a ceea ce am inteles din descrierea cerintei și a informațiilor furnizate până acum, consideram ca soluția oferită îndeplinește complet cerința. Soluția nu se limitează la PKI furnizat de World Line.

Confirmarea indeplinirii cerintei este valabila pentru toate succursalele DEER (TN, TS si MN)".

Un astfel de răspuns nu putea fi concludent neaducând nicio clarificare a modului de îndeplinire a cerinței.

Dacă aprecia că solicitarea de clarificări este neclară, operatorul economic trebuia să o atace în termenul legal, nu să susțină că este neclară ulterior primirii unui rezultat al procedurii care nu îi este favorabil.

Așadar, se constată că este corect reținut primul motiv de respingere.

Referitor la cel de-al doilea motiv de respingere a ofertei asocierii, Consiliul constată că s-au comunicat următoarele:

2. La cerințele 6.3.1 "Responsabilitățile Prestatorului", lit.a) - lit.e.) din Anexa 5.1-C.S, s-a solicitat clarificarea ofertei referitor la "poziția vis - a - vis de livrarea serviciilor in conformitate cu cerintele caietului de sarcini si nu "cu răspunsurile la descrierea tehnică (oferta tehnica)".

Oferta pe care ați prezentat-o pentru toate cerințele enumerate este "Cerinta confirmata, inteleasa si luata in considerare in oferta propusa. dispune

de procese foarte stricte de control al calității și de guvernanță pentru a asigura cea mai înaltă calitate a serviciilor furnizate.

Serviciile vor fi livrate în conformitate cu răspunsurile la descrierea tehnică", iar răspunsul la solicitarea de clarificări "Da, confirmăm îndeplinirea cerinței. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN) ".

Răspunsul este neconcludent, nu oferă nicio informație suplimentară, așa cum a solicitat entitatea contractantă și nu clarifică ceea ce s-a precizat inițial. Luarea în considerare a acestui răspuns ar constrânge entitatea contractantă la acceptarea unor servicii setate în oferta tehnică, fără flexibilitate, fără personalizarea acestora în funcție de cerințele efective ale beneficiarului.

Se observă, din nou, în răspunsul la clarificări aceeași abordare superficială din partea asocierii, în sensul că, deși i s-a solicitat să clarifice modul de livrare a serviciilor *în raport cu cerințele caietului de sarcini, și nu cu oferta tehnică*, răspunsul a fost de confirmare a îndeplinirii cerinței.

Potrivit art. 139 din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016 (1) Comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică. (2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptiv.

Așadar, corepondența propunerii tehnice trebuie realizată cu cerințele caietului de sarcini, nu cu propunerea tehnică.

Răspunsul ofertantei nu putea fi considerat altfel decât neconcludent, având în vedere că i s-au solicitat clarificări vizavi de livrarea serviciilor conform caietului de sarcini, iar răspunsul a fost o confirmare a îndeplinirii cerinței, fără a se detalia cum anume o va îndeplini.

Așadar, și cel de-al doilea motiv de respingere este corect reținut.

În ceea ce privește al treilea motiv de respingere, în comunicarea privind rezultatul procedurii, s-au reținut următoarele:

3. Prin unele răspunsuri la solicitările de clarificări, s-a modificat conținutul propunerii tehnice.

Astfel, în ofertă, în răspunsul inițial la cerința entității contractante se precizează:

- Anexa 5.1.-ST, la cerința 3.2.8: " Putem integra sistemele urmând diagrama dată. Ne imaginăm că cea mai mare parte MDC se ocupă de comunicare la contoare existente și noi.

Părțile de integrare a contoarelor existente vor fi gestionate printr-o comunicare **unidirecțională** prin HES existent sau cu datele contorului în SAP (MMR) ".

Entitatea contractantă a solicitat să se clarifice poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia, inclusiv cu referire la comunicarea cu contoarele AMM existente care trebuie să fie **bidirecțională**.

Răspunsul ofertantului modifică ceea ce s-a precizat în oferta inițială: "Confirmăm asumarea îndeplinirii integrale a cerinței. Integrările contoarelor existente vor fi gestionate printr-o comunicare **bidirecțională**. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN). ".

Tot o modificare a conținutului propunerii tehnice este și în cazul cerinței 6.2.16, subpunctul 5 din Anexa 5.1-C.S..

Astfel, în ofertă, în răspunsul inițial la cerința entității contractante se precizează:

"Cerinta confirmata, inteleasa si luata in considerare in oferta propusa. Datorită faptului că soluția noastră va fi adaptată la cerințe numai prin parametrizare, nu este planificată nicio dezvoltare. Modul de execuție iterativă a proiectului va fi precis definit și planificat în faza de proiectare "; corelat cu răspunsul din matricea Readiness: "Platforma integrată MDM/MDC constă în livrarea unui produs out-of-box care în principiu este pregătit 75%".

Entitatea contractantă a solicitat să se clarifice poziția privind îndeplinirea integrală a cerinței și implementarea acesteia, având în vedere că pentru "îndeplinirea integrală a proiectului este nevoie de adaptarea și dezvoltarea soluției propuse, conform capitolelor 3 și 4 din CS".

Răspunsul dumneavoastră modifică ceea ce ați precizat în răspunsul inițial la cerința entității contractante: "Da, confirmăm îndeplinirea cerinței. Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate succursalele DEER (TN, TS și MN)."

În referire la cerința 3.2.8 se observă că răspunsul contestatoarei aduce în discuție o comunicare bidirecțională, în timp ce propunerea tehnică susține comunicarea unidirecțională.

Prin contestație, s-a afirmat că *în cazul în care integrarea unidirecțională este singura modalitate posibilă va integra unidirecțional, iar în cazul în care integrarea bidirecțională este posibilă va putea asigura integrarea bidirecțională*.

Un astfel de răspuns nu poate fi considerat concludent. Câtă vreme, în propunerea tehnică, s-a făcut referire la o comunicare unidirecțională și, ulterior, prin clarificări la una bidirecțională nu se poate considera că nu a fost modificată oferta. Este de reținut că, prin răspunsul la clarificări, pe de o parte, nu s-a susținut că va fi o comunicare în funcție de modalitatea posibilă, cum s-a menționat prin contestație, iar pe de altă parte, propunerea tehnică nu a cuprins astfel de explicații.

Așadar, răspunsul reprezintă o modificare/completare a ofertei care nu putea fi acceptată, raportat la prevederile art. 140 alin. (1) – (5) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 394/2016.

De asemenea, în ce privește răspunsul în referire la cerința 6.2.16, nu se poate considera că acesta este concludent, având în vedere că, în propunerea tehnică, s-a precizat că nu este planificată nicio dezvoltare, pentru ca, ulterior, prin clarificări, să se menționeze că este îndeplinită cerința care presupunea și dezvoltarea soluției.

Prin contestație, ofertanta aduce o serie de explicații care însă nu pot fi luate în considerare, ele nefiind cuprinse în răspunsul la clarificări.

Contrar susținerilor petentei, întrebarea entității contractante era foarte clară, făcând referire inclusiv la cele descrise în propunerea tehnică.

În cazul în care aprecia că solicitarea este neclară avea posibilitatea atacării acesteia.

Așadar, și cel de-al treilea motiv de respingere a fost corect reținut.

Referitor la cel de-al patrulea motiv de respingere a ofertei, în comunicarea privind rezultatul procedurii, s-au reținut următoarele:

4. La Anexa 5.1-ST, la cerința 1.1.4, lit.a, punctul i, entitatea contractantă a solicitat să se explice modul de integrare a contoarelor existente, fără condițiile restrictive suplimentare (unidirecționalitatea).

Răspunsul dumneavoastră este formulat pe bază de supoziții și chiar emite o solicitare de clarificări entității contractante și introduce condiționalități pentru integrarea contoarelor:

"Da, confirmăm îndeplinirea acestor cerințe. Detaliile integrării sunt descrise în capitolul "2.2.1.1 Implementarea infrastructurii de masurare existente si noi". Pentru a putea integra în mod corespunzător, avem nevoie de la toți contorii de următoarele descrieri:

- - Object Model al contorului
- - Jurnalele de Evenimente pentru "Log Books "
- - Detalii de comunicare (GSM, GPRS, ...)
- - Standarde de ex. IDIS
- - Configurare implicită (OTB)
- - Configurare Utilizare Reală (Real Use Configuration - configurație efectivă)
- Firmware(uri) în cazul în care sunt diferențe pentru același tip de contoare

În cazul în care ipotezele noastre nu îndeplinesc cerințele, vă rugăm să clarificați care sunt cele corecte.

Confirmarea îndeplinirii cerinței este valabilă pentru toate sucursalele DEER (TN, TS și MN)".

Ofertele prezentate pentru achiziții de anvergură și complexitatea procedurii în cauză nu pot sub nicio formă să se bazeze pe ipoteze. Neînțelegerile și neclaritățile privind cerințele din documentația de atribuire trebuiau să fie transmise de ofertanți în intervalul 09.02.2021 (data publicării pe SEAP a anunțului de participare) - 16.04.2021, o perioadă mai mult decât suficientă.

Faptul că nu ați apelat la mijloacele legale de contestare a documentației de atribuire sau a răspunsului la solicitările de clarificări referitoare la documentația de atribuire și ați prezentat oferta, echivalează cu acceptarea și înțelegerea cerințelor formulate de entitatea contractantă și nu justifică prezentarea unei oferte ambigue, cu răspunsuri neconcludente.

Răspunsul este neconcludent.

Se observă din cele de mai sus că răspunsul contestatoarei este formulat în aceeași manieră superficială, rugând entitatea contractantă să clarifice care dintre ipoteze nu îndeplinesc cerințele. O astfel de manieră de elaborare a ofertei și a răspunsurilor la clarificări nu demonstrează în niciun caz înțelegerea documentației de atribuire și o întocmire corespunzătoare a ofertei.

Ofertanta este cea care trebuie să aducă explicații concludente și să demonstreze respectarea întocmai a cerințelor impuse, nu cea care să ceară entității contractante să clarifice pe care le consideră corecte.

Obligația comisiei de evaluare, în cazul neîndeplinirii specificațiilor tehnice prin intermediul propunerii tehnice, este de respingere a ofertei

și comunicare a motivelor de respingere, eventual de a solicita clarificări în cazul în care are nelămuriri în privința acesteia, dar nu de a îi comunica ofertantei care sunt ipotezele corecte și să solicite înlocuirea lor astfel încât să devină corespunzătoare documentației de atribuire.

Se constată din cele de mai sus că și motivul nr. 4 de inadecvabilitate a fost corect reținut de către comisia de evaluare.

Din ansamblul celor arătate se determină că asocierea nu a prezentat o ofertă care să răspundă cerințelor entității contractante, iar răspunsurile la clarificări au fost neconcludente și nu au adus explicații în privința modului de îndeplinire a documentației de atribuire.

Contestatoarea acuză modul ambiguu al achizitoarei de formulare a solicitărilor de clarificări, însă, se observă că tocmai petenta este cea care, deși i s-au cerut anumite explicații și confirmări, separat de faptul că nu le-a transmis, nici nu a răspuns într-un mod corespunzător.

Fiind constatată corectitudinea deciziei de respingere pentru cele 4 motive anterior cercetate, devine lipsită de relevanță analiza celorlalte motive de inadecvabilitate și a celor privind neconformitatea ofertei asocierii, decizia de respingere a ofertei neputând fi schimbată.

În privința criticilor aduse comunicării privind rezultatul procedurii, Consiliul constată că acestea sunt nefondate, entitatea contractantă detaliind motivele de respingere, preluând informații concrete din cerințele caietului de sarcini/clarificări/răspunsuri, astfel încât operatorul economic să cunoască neconcludența răspunsurilor sau neconformitatea ofertei. De altfel, se poate observa că societatea contestatoare, pe baza informațiilor primite, a putut să construiască motivarea contestației.

Trecând la cea de-a doua parte a contestației, în care este criticată oferta desemnată câștigătoare, este necesar a se stabili, prioritar, interesul în a formula astfel de critici, entitatea contractantă invocând excepția lipsei de interes.

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

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

50 Trebuie amintit, în această privință, că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 prevede că statele membre trebuie să asigure accesul la căile de atac, în

temeiul unor norme detaliate pe care trebuie să le stabilească în acest sens, cel puțin oricărei persoane care are sau care a avut vreun interes în obținerea unui anumit contract și care a fost prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr-o presupusă încălcare.

51 Fiind chemată să interpreteze dispozițiile echivalente ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665/CEE a Consiliului din 21 decembrie 1989 privind coordonarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative privind aplicarea procedurilor care vizează căile de atac față de atribuirea contractelor de achiziții publice de produse și a contractelor publice de lucrări (JO 1989, L 395, p. 33, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 237), Curtea a statuat deja că, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, ofertanții au un interes legitim care înseamnă excluderea ofertei celorlalți în scopul obținerii contractului (a se vedea în

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

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

și Hotărârea din 21 decembrie 2016, Bietergemeinschaft Technische

Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C- 355/15, EU:C:2016:988, punctul 29),

indiferent care ar fi numărul participanților la procedură și numărul participanților care au introdus căi de atac (a se vedea în acest sens Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE,

C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 29).

52 Astfel, pe de o parte, excluderea unui ofertant poate conduce la obținerea de către un alt ofertant a contractului direct în cadrul aceleiași proceduri. Pe de altă parte, în ipoteza unei excluderi a tuturor ofertanților și a deschiderii unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, fiecare dintre ofertanți ar putea să participe și, astfel, să obțină în mod indirect contractul (a se vedea Hotărârea din 5

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

53 Principiul jurisprudențial astfel stabilit prin Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb* (C- 100/12, EU:C:2013:448), și prin Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE* (C- 689/13, EU:C:2016:199), își găsește aplicarea în situația în discuție în cauza principală.

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

55 Într- o asemenea situație, ofertantului care a introdus calea de atac trebuie să i se recunoască un interes legitim în excluderea ofertei ofertantului câștigător, care poate conduce, eventual, la constatarea imposibilității autorității contractante de a efectua selecția unei oferte legale (a se vedea în acest sens Hotărârea din 4 iulie 2013, *Fastweb*, C- 100/12, EU:C:2013:448, punctul 33, precum și Hotărârea din 5 aprilie 2016, *PFE*, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24).

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

57 Desigur, în cauza în care a fost pronunțată Hotărârea din 21 decembrie 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*

(C- 355/15, EU:C:2016:988, punctele 13-16, 31 și 36), Curtea a statuat că unui

ofertant a căruia ofertă fusese exclusă de autoritatea contractantă dintr- o procedură

de atribuire a unui contract de achiziții publice i se putea refuza accesul la o cale de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului de achiziții publice. Totuși, în această cauză, decizia de excludere a ofertantului menționat fusese confirmată

printr-o decizie care a dobândit autoritate de lucru judecat înainte ca instanța

sesizată cu calea de atac împotriva deciziei de atribuire a contractului să se pronunțe, astfel încât ofertantul respectiv trebuia să fie considerat exclus definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție.

58 În schimb, în cauza principală, Archus și Gama au formulat o cale de atac împotriva deciziei prin care era exclusă oferta lor și împotriva deciziei de atribuire a contractului, adoptate simultan, și, prin urmare, nu pot fi considerate ca fiind excluse

definitiv din procedura de atribuire a contractului de achiziții publice. Într-o

asemenea situație, noțiunea „un anumit contract” în sensul articolului 1 alineatul (3) din Directiva 92/13 poate viza, dacă este cazul, eventuala inițiere a unei noi proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice.

59 Din considerațiile care precedă rezultă că Directiva 92/13 trebuie să fie interpretată în sensul că, într-o situație precum cea în discuție în cauza principală – în

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

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

27 Prin intermediul primei întrebări formulate, instanța de trimitere solicită în esență să se stabilească dacă articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să

fie interpretat, în raport cu Hotărârea din 4 iulie 2013, Fastweb (C-100/12,

EU:C:2013:448), în sensul că se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr- o decizie a autorității

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

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

prejudiciată sau riscă să fie prejudiciată printr- o presupusă încălcare (Hotărârea din 5

aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 23).

29 La punctele 26 și 27 din acea hotărâre, Curtea a subliniat că Hotărârea din 4

iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), constituia o concretizare a

cerințelor dispozițiilor articolului 1 alineatul (1) al treilea paragraf și ale articolului 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 în împrejurări în care, în urma unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, doi ofertanți introduc căi de atac prin care

urmăresc excluderea lor reciprocă. Astfel, într- o asemenea situație, fiecare dintre cei

doi ofertanți are un interes în obținerea unui anumit contract.

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

din 4 iulie 2013, Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448), și Hotărârea din 5 aprilie

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

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

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

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

Hotărârea din 5 aprilie 2016, PFE, C- 689/13, EU:C:2016:199, punctul 24). În schimb,

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

33 Prin urmare, principiul jurisprudențial rezultat din *Hotărârea din 4 iulie 2013,*

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

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

discuție în litigiul principal.

34 Pe de altă parte, trebuie arătat că, după cum reiese din articolul 1 alineatul (3) și din articolul 2a din Directiva 89/665, aceasta garantează exercitarea unor căi de atac efective împotriva deciziilor nelegale adoptate în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, oferind oricărui ofertant exclus posibilitatea de a contesta nu numai decizia de excludere, ci și, până la soluționarea

acestei contestații, deciziile ulterioare care i- ar aduce prejudicii în ipoteza în care

excluderea sa ar fi anulată.

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

36 Având în vedere ansamblul acestor considerații, este necesar să se răspundă la întrebarea adresată că articolul 1 alineatul (3) din Directiva 89/665 trebuie să fie

interpretat în sensul că nu se opune ca unui ofertant care a fost exclus dintr-o

procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice printr-o decizie rămasă

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

În soluționarea excepției lipsei de interes a contestației față de solicitările în referire la oferta câștigătoare, trebuie avută în vedere, prioritar, situația ofertei contestatoarei.

Astfel, pe de o parte, cum s-a arătat mai sus, entitatea contractantă a luat decizia de respingere a ofertei asocierii la data încheierii raportului procedurii de atribuire nr. 115379/08.12.2021. Societatea contestatoare a criticat prin contestație decizia de respingere a ofertei sale și de atribuire a contractului, urmărind eliminarea din competiție a contraofertantei sale.

Totodată, față de cele de mai sus, se constată că în mod corect a fost respinsă oferta contestatoarei. Or, dacă s-ar analiza criticile aduse ofertantei câștigătoare și s-ar constata temeinicia lor, petenta *nu va obține niciun folos*, în procedură rămânând în continuare o ofertă admisibilă, care nu a fost criticată în prezenta cauză.

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

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

Or, în speță, acest interes nu mai subzistă, întrucât s-a constatat legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, iar aceasta nu a criticat ambele oferte admisibile, pentru a obține o eventuală anulare a procedurii, ci doar oferta câștigătoare. Prin urmare, în procedură rămâne o ofertă admisibilă, decizia acesteia de declarare admisibilă nefiind atacată.

De altfel, și contestatoarea în notele scrise a invocat interesul său prin prisma unei eventuale *admisibilități a ofertei sale*, ceea ce nu s-a constatat în speță.

Astfel fiind, Consiliul constată a fi lipsite de interes criticile față de oferta câștigătoare, în condițiile în care s-a stabilit a fi corectă decizia de respingere a ofertei contestatoarei, iar oferta admisibilă de pe locul 2 nu a fost atacată.

Totodată, se reține a fi inadmisibile criticile suplimentare din concluziile scrise, în conformitate cu prevederile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

În considerarea celor prezentate, Consiliul va respinge, ca nefondate, capetele de cerere vizând oferta contestatoarei și reevaluarea acesteia și, ca lipsite de interes, pe cele referitoare la oferta câștigătoare și reevaluarea acesteia. În consecință, va fi respins capătul de cerere privind acordarea cheltuielilor efectuate cu soluționarea contestației.

Totodată, nefiind depuse dovezi în privința cheltuielilor efectuate de entitatea contractantă, cererea acesteia va fi respinsă.

Pe cale de consecință, fiind respinsă contestația, va fi admisă cererea de intervenție formulată de, în calitate de lider al asocierii (ofertant lider) - SRL - GmbH.

În privința accesului la dosarul cauzei a contestatoarei, Consiliul a făcut aplicarea prevederilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, fiind asigurat accesul la documentele din dosar cu excepția celor din oferta concurentă, declarate confidențiale.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondate, capetele de cerere referitoare la anularea raportului procedurii de atribuire, în partea ce privește oferta contestatoarei, și a comunicării privind rezultatul procedurii transmise acesteia, precum și a celui privind reevaluarea ofertei sale, și, ca lipsite de interes, capetele de cerere privind anularea raportului procedurii de atribuire, în partea ce privește oferta câștigătoare, și a comunicării privind rezultatul procedurii transmise

acesteia, din contestația, lider al asocierii formate din și, în contradictoriu cu

În temeiul art. 26 alin. (9) din lege, respinge solicitările de plată a cheltuielilor efectuate în cursul soluționării contestației solicitate de contestatoare și entitatea contractantă.

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de, în calitate de lider al asocierii (ofertant lider) - SRL - GmbH, și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 5 exemplare, conține 31 pagini