

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. 2616/C3/2846
Data: 24.11.2021

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57096/01.11.2021, înaintată de SRL (în reorganizare judiciară), cu sediul în, ..., înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator judiciar, și, convențional, de avocat, formulată împotriva rezultatului atribuirii celor șapte loturi ale procedurii simplificate organizate de entitatea contractantă SA, cu sediul în, ...-17, ..., în vederea atribuirii unui contract de servicii ce are ca obiect: „Studii pentru determinarea și calcularea debitului ecologic în aval de secțiunile barate”, ce a fost inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1092442/06.09.2021, dar și împotriva refuzului acesteia de a-i permite accesul deplin la dosarul achiziției publice, s-a solicitat anularea actelor atacate și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor declarate câștigătoare la fiecare din cele șapte loturi, precum și la transmiterea, în format electronic, a întregului dosar al achiziției publice.

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 57096/01.11.2021, ... SRL atacă decizia entității contractante SA de a-i restricționa accesul la dosarul achiziției publice și, pe de altă parte, de a declara câștigătoare ofertele depuse de pentru cele șapte loturi ale procedurii de atribuire mai sus menționate, decizii considerate nelegale.

Pe de o parte, contestatoarea reclamă refuzul entității contractante de a-i pune la dispoziție, în format electronic, documentele dosarului achiziției publice, aducând argumente potrivit cărora entitatea contractantă nu se poate prevala de faptul că documentele solicitate conțin date cu caracter personal (acestea pot fi anonimizate) și nici de

faptul că propunerea tehnică a unui ofertant a fost declarată de acesta ca fiind confidențială, în condițiile în care operatorul economic nu a probat/ dovedit/justificat caracterul confidențial al ofertei.

Pe de altă parte, contestatoarea atacă actele entității contractante potrivit cărora ofertele depuse de, pentru cele șapte loturi ale procedurii, au fost declarate câștigătoare, acestea fiind, în fapt, inacceptabile și neconforme.

Astfel, contestatoarea susține că nu și-a asumat toate cerințele din caietele de sarcini, contrar prevederilor fișei de date a achiziției, pct. IV.4.1 *Modul de prezentare al propunerii tehnice*, potrivit căroră, în cazul în care se va identifica chiar și o singură cerință din caietul de sarcini care nu este transpusă în propunerea tehnică a ofertantului, sancțiunea aplicabilă este respingerea ofertei.

Or, din procesele-verbale întocmite în etapa de evaluare a ofertelor, reiese faptul că membrii comisiei de evaluare au constatat următoarele deficiențe ale ofertelor depuse de

1. nu este menționat faptul că, după elaborarea studiilor, acestea se vor analiza în CTE Hidroelectrică;

2. nu este menționat că ofertantul va participa în calitate de invitat în CTE pentru susținere și clarificări;

3. nu este respectat cuprinsul cadru din caietul de sarcini;

4. nu este evidențiat că, în cazul în care în avizul de gospodărire este menționat debitul dublu, respectiv debitul utilizator, acestea vor fi prezentate în studiul ce se va elabora (conf. pct. 1.3.3.1 (debit salubru) și 1.3.3.2 (debit utilizator) din caietul de sarcini;

5. nu este menționată în ofertă realizarea pct. 1.5.4 din caietul de sarcini: *încadrarea obiectivelor hidroenergetice în categoria râurilor cu monitorizare hidrometrică sau fără monitorizarea hidrometrică. Prezentarea stației hidrometrice reprezentative (de referință) pentru secțiunea de calcul;*

6. nu au fost menționate punctele "i" și "ii" conform cerinței 1.5.6. din caietul de sarcini;

7. nu este precizat dacă partea grafică permite editarea și imprimarea;

8. nu a fost prezentat modul de implementare a cerinței 3.5 - *Atribuții și responsabilități*, implicit acceptarea de către ofertant a modului de recepție și de efectuare a plăților;

9. se solicită clarificări privind respectarea cerinței de la punctele 3.4 și 3.5 ale caietului de sarcini;

10. nu sunt menționate informații legate de infrastructura ofertantului;

11. nu au fost prezentate termenele de predare/durata de realizare a studiilor;

12. se solicită clarificări privind modul de respectare a punctelor 10.1 și 10.2 din caietul de sarcini;

13. clarificarea privind deplasarea la SH pentru extragerea datelor necesare privind realizarea integrală a studiului.

Comisia de evaluare a mai constatat și că nu și-a asumat nici respectarea cerințelor de la punctul 10 din caietele de sarcini, referitoare la managementul/gestionarea contractului și nici cerința de la pct. 7.1., care viza ca prestatorul să se deplaseze la sediul entității contractante pentru a prelua datele/informațiile necesare realizării studiilor.

De asemenea, nici propunerile financiare ale ofertantului declarat câștigător nu îndeplinesc cerințele din documentația de atribuire cu privire la forma de prezentare. În cadrul Formularului nr. 8, parte a documentației de atribuire, entitatea contractantă a impus ofertanților structura obligatorie a propunerilor financiare, inclusiv regula că prețul pentru fiecare lot trebuie prezentat și defalcat pentru fiecare studiu care se va întocmi (urmând a fi plătite studiile în mod distinct).

Spre exemplu, lotul 1 cuprinde realizarea unui număr de 15 studii, pentru tot atâtea baraje aflate în administrarea Sucursalei Hidroelectrica Bistrița. În cadrul propunerii financiare, pentru acest lot, ofertanții aveau obligația de a preciza atât prețul total, cât și prețul aferent fiecăruia dintre cele 15 studii care vor fi întocmite. Or, ...a indicat doar prețul total al lotului.

În concluzie, contestatoarea învederează faptul că ofertele depuse de nu îndeplinesc condițiile de formă aferente elaborării și prezentării lor și nu respectă documentația de atribuire.

Mai mult, declararea admisibilității ofertelor a fost posibilă doar după completarea și modificarea lor, iar solicitarea de clarificări s-a efectuat cu depășirea limitelor legale în care ar trebui să se încadreze un astfel de demers. În acest sens, contestatoarea apreciază că entitatea contractantă a avantajat evident ofertantul declarat câștigător, prin oferirea posibilității de a furniza justificări care să ofere o aparență de admisibilitate a unor oferte inacceptabile și neconforme.

Prin adresa nr. 1253921/04.11.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 58014/05.11.2021, entitatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

Cu titlu prealabil analizei pe fond a contestației, în ceea ce privește capătul de cerere privind obligarea de a permite accesul la documentele dosarului, entitatea contractantă apreciază că aceasta solicitare este, pe de o parte, lipsită de obiect, pe de alta parte, este neîntemeiată și, oricum, aceasta nu este de natură a atrage vreun viciu asupra legalității desfășurării procedurii de atribuire.

De altfel, arată entitatea contractantă, contestatoarea și-a declarat oferta confidențială, în aceleași condiții cu contracanditul său.

Entitatea contractantă precizează că i-au fost puse la dispoziție autoarei contestației toate informațiile relevante ale ofertei declarate câștigătoare, pe care, de altfel, a și înțeles să o critice.

Pe fondul cauzei, entitatea contractantă arată că, deși contestatoarea susține, în mod cu totul surprinzător, că oferta concurentului său ar fi trebuit declarată neconformă, pentru neîndeplinirea tuturor condițiilor expuse în caietele de sarcini, în realitate, ambele oferte conțineau neclarități asupra condițiilor tehnice, neclarități ce au fost lămurite cu ocazia solicitărilor transmise în acest sens, cu deplina respectare a prevederilor art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Astfel, solicitări de clarificări au fost adresate ambilor ofertanți cu respectarea principiului transparenței și al principiului tratamentului egal, fără a fi de natură a crea avantaje sau dezavantaje vreunui dintre participanți și fără a determina modificări propriu-zise ale ofertelor.

De altfel, toate criticile contestatoarei sunt grevate de un formalism excesiv, aceasta încercând a induce ideea că ofertantul declarat câștigător nu a copiat, în proporție de 90%, cerințele din caietele de sarcini.

Chiar de la început, contestatoarea încearcă să susțină că nu și-ar fi asumat faptul că, „după elaborarea studiilor, acestea se vor analiza în CTE Hidroelectrică” și că „nu este menționat că ofertantul va participa în calitate de invitat în CTE pentru susținere și clarificări”.

Or, pe de o parte, aceste aspecte se referă la modalitatea în care Hidroelectrică SA va recepționa studiile elaborate, așadar la obligații ale entității contractante și la modul de lucru din cadrul societății și mai puțin la obligațiile asumate prin oferte de către candidați, dar, oricum, acest aspect a fost lămurit cu ocazia clarificărilor.

Astfel, ignorând rolul caietului de sarcini în cadrul procedurilor de atribuire, și anume acela de a reglementa acordul contractual ce urmează a fi perfectat în urma atribuirii, contestatoarea încearcă să acrediteze ideea că ofertantul declarat câștigător nu și-ar fi asumat obligațiile instituite tocmai prin caietul de sarcini.

Având în vedere că, în conformitate cu dispozițiile în materia achizițiilor publice, orice contract se completează cu prevederile caietului de sarcini, este mai mult decât evident că orice participant la procedură își asumă prevederile caietului de sarcini chiar dacă, în cuprinsul ofertei/ofertelor sale, acest lucru nu rezultă în mod expres în cel mai mic detaliu, caietul de sarcini nefiind copiat *ad literam* în cuprinsul ofertei.

De altfel, entitatea contractantă arată că a solicitat ofertanților clarificări de detaliu, chiar dacă unele aspecte ale ofertelor erau implicite, tocmai pentru a evita orice fel de înțelegere greșită a prevederilor caietului de sarcini. Acest lucru denotă doar diligență din partea membrilor comisiei de evaluare și, sub nicio formă, nu poate fi calificat drept favorizare a vreunui ofertant.

În continuare, entitatea contractantă expune în amănunt modul de desfășurare a procedurii de atribuire, solicitând Consiliului să constate

deplina legalitate a acesteia, precum și a temeiniciei rezultatului procedurii de atribuire.

În replică, prin adresa transmisă pe e-mail și înregistrată la Consiliu cu nr. 60449/18.11.2021, ... SRL a răspuns la punctul de vedere înaintat de entitatea contractantă, reiterând aspectele precizate în contestație, referitoare la conduita inequitabilă a acesteia din urmă, în legătură cu neacordarea accesului la propunerea tehnică și cea financiară aparținând ofertantului declarat câștigător, precum și în legătură cu solicitările de clarificări adresate acestuia.

De asemenea, prin adresa nr. 125392.4/19.11.2021, înregistrată la CNSC cu nr. 60711/19.11.2021, entitatea contractantă formulează concluzii scrise, prin care subliniază că susținerile contestatoarei, atât cele referitoare la presupusa lipsă de transparență, prin necomunicarea dosarului achiziției, cât și cele privind așa-zisa favorizare a ofertantului concurent, prin solicitările de clarificări, sunt neîntemeiate și solicită Consiliului înlăturarea lor ca atare.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... SA a inițiat, la 06.09.2021, o procedură simplificată, defalcată pe șapte loturi, în vederea atribuirii unui contract de servicii ce are ca obiect: „Studii pentru determinarea și calcularea debitului ecologic în aval de secțiunile barate”, prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1092442.

Au înaintat oferte, pentru cele 7 loturi, doi operatori economici, ... și, iar rezultatul evaluării acestora a fost consemnat în raportul procedurii nr. 73968.87 din 25.10.2021, precum și în adrese comunicate participanților pentru fiecare lot în parte.

Împotriva refuzului entității contractante de a-i acorda acces la dosarul achiziției publice, dar și împotriva deciziei acesteia de a declara câștigătoare ofertele depuse de, pentru cele șapte loturi ale procedurii de atribuire în cauză, ... SRL a formulat contestația de față, solicitând anularea actelor atacate și obligarea entității contractante la reevaluarea ofertelor declarate câștigătoare pentru cele șapte loturi, precum și la transmiterea, în format electronic, a întregului dosar al achiziției publice.

Preliminar analizei cauzei, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) și (21) din Legea nr. 101/2016, ... SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 207615612/1, în valoare de 35.910 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria, la data de 02.11.2021.

La analiza globală a cererilor și apărărilor formulate, Consiliul ia act de faptul că se dispută nu doar modul de analiză a ofertei desemnate câștigătoare, pretins a fi fost realizat prin nesocotirea regulilor din

documentația de atribuire, ci și dreptul contestatoarei de a fi informată complet, prin acordarea accesului și la informații declarate confidențiale.

Consiliul ia act de eroarea entității contractante, din punctul de vedere la contestație, privitoare la cererea de a-i fi menținut raportul procedurii de atribuire nr. 63794/07.06.2021 (număr de înregistrare ce nu se identifică cu actul apărut). Cu toate acestea, din conținutul documentelor înaintate Consiliului, rezultă că susținerile sunt formulate în cauza care privește atribuirea contractelor în procedura sus evocată.

Văzând susținerile contradictorii, Consiliul constată că, parțial, entitatea contractantă recunoaște conduita reclamată de contestatoare. În primul rând, recunoaște că informațiile declarate confidențiale de ofertantul desemnat câștigător nu sunt însoțite de dovezi ale statutului amintit. De asemenea, recunoaște faptul că (prin comisia de evaluare) a solicitat informații de clarificare/completare a ofertei desemnate câștigătoare, pe aspectele reclamate de contestatoare. În plan secund, entitatea contractantă pretinde că a acordat ofertanților un tratament egal, în sensul că a acceptat caracterul confidențial al informațiilor transmise, fără a efectua verificări ale acestui statut, dar și că a solicitat informații de clarificare fiecărui participant în procedură.

Consiliul are a verifica astfel existența unei vătămări a contestatoarei, din conduita entității contractante, în raport cu prevederile legale aplicabile și cu regulile de ofertare stabilite prin documentația de atribuire.

Procedura organizată de SA are la bază prevederile Legii nr. 99/2016 privind contractele sectoriale, iar în speță sunt de interes acele părți din documentația de atribuire care stabilesc modul de întocmire și prezentare a ofertelor (propunerea tehnică și propunerea financiară), adică fișa de date a achiziției.

Consiliul reține că ofertanții au fost obligați la a prezenta informații de precizie, privind asumarea tuturor/fiecărei cerințe/lor din caietul de sarcini, prin propunerea tehnică, conform regulilor din secțiunea specifică a fișei de date a achiziției: *IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice*

Cerintele impuse prin prezenta documentatie de atribuire sunt considerate minimale. În aceste sens, orice oferta prezentata va fi luata în considerare, dar numai în masura în care propunerea tehnica presupune asigurarea cerintelor minime sau al unui nivel calitativ superior cerintelor minimale solicitate prin Caietele de Sarcini si erata.

Neindeplinirea oricarei cerinte enuntate in Caietul de Sarcini, constituie motiv pentru respingerea ofertei.

Propunerea tehnica se va întocmi într-o maniera organizata, astfel încât procesul de evaluare a ofertelor sa permita identificarea facila a corespondentei informatiilor cuprinse în oferta cu specificatiile din Caietul de Sarcini Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Propunerea

Tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevazute în Caietul de Sarcini, erata și din Documentația de atribuire.

Pentru aceasta propunerea tehnică va fi prezentată structurat, cuprinzând Declarația privind respectarea cerințelor de calitate, protecția mediului și securitate și sănătatea muncii. -Se va completa semna și prezenta Formularul [9] . și Certificatul de atestare pentru domeniul de la lit a), art 10 din Anexa la Ordinul nr. 1.230 din 5 iunie 2020.[...]

Nu se admite copierea în tot sau în parte a caietului de sarcini în cadrul propunerii tehnice, ofertanții având obligația de a proba conformitatea ofertei cu cerințele acestuia prin prezentarea propriei abordări/metodologii asupra modului de îndeplinire a contractului și de rezolvare a eventualelor dificultăți legate de îndeplinirea acestuia, prin raportare la conținutul propunerii tehnice.

De asemenea, și în cazul propunerii financiare, autoritatea contractantă a impus ofertanților prezentarea informațiilor de precizie, prin regulile din secțiunea specifică a fișei de date a achiziției: IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare.

Propunerea Financiară va cuprinde prețul ofertat, valoare fără TVA care se completează în sistemul electronic SEAP rubrica special dedicată „Oferta financiară”, precum și Formularul de Propunere Financiară – Formular [PF] - Anexa la Formularul de oferta incluzând toate informațiile solicitate. [...]

Propunerea financiară are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului pe toată perioada de valabilitate stabilită de către entitatea contractantă și asumată de ofertant.

Cu excepția erorilor aritmetice, astfel cum sunt acestea definite la art. 140 alin. (9) din Anexa la H.G. nr. 394/2016, nu vor fi permise alte omisiuni, necorelări sau ajustări ale propunerii financiare.

Or, la analiza tuturor documentelor emise în procesul de analiză a ofertelor, Consiliul constată că tipul și numărul de cereri ale autorității contractante pentru informații de clarificare/completare a propunerilor tehnice aparținând ofertantului câștigător -- diferă de cele adresate contestatoarei.

În timp ce acesteia din urmă i-au fost solicitate doar confirmări ale faptului că va depune demersuri pentru asigurarea continuității certificării specifice, pe durata viitorului contract (deținând “certificatul de atestare nr. 213/17.10.2018, valabil până la 17.10.2021”, conform mențiunilor achizitorului), ofertantului desemnat câștigător i-au fost solicitate numeroase informații de clarificare/completare a propunerii tehnice, care să conducă la verificarea conformității cu caietul de sarcini.

Deși unele dintre aceste solicitări au avut caracter pur formal (precum cele care privesc angajamentele de predare a documentațiilor pentru a fi analizate în structurile achizitorului sau de participare la ședințele acestora) sau redundant (de respectare a nevoii de deținere a

unei infrastructuri necesare derulării serviciilor, dar pentru care se cerea prezentarea certificării indicate în erata care a modificat punctul 8.2 al caietului de sarcini), Consiliul constată că toate celelalte informații solicitate de achizitor ofertantului desemnat câștigător au condus la completarea propunerii tehnice cu informațiile corespundente caietului de sarcini.

De asemenea, propunerea financiară a acestuia a fost completată cu informații care nu se regăseau (și nu pot fi confirmate de alte documente) în cuprinsul documentului cu această calitate, respectiv, prețurile pentru fiecare studiu ce ar urma să fie întocmit în cadrul celor 7 loturi.

Tocmai pentru că entitatea contractantă a stabilit, prin propria documentație de atribuire, faptul că ofertele imprecise (precum cele ale ofertantului câștigător) nu sunt admise în competiție (orice omisiune fiind exclusă de la complinirea ei, în privința propunerii financiare), solicitările de clarificare a documentelor/informațiilor nu puteau să aibă alt rol decât cel de corectare/îndreptare și nu cel de înlocuire sau de completare.

În cazul de față, pretinsul tratament egal acordat celor doi participanți în competiție nu putea conduce la acceptarea existenței unui echilibru între completarea ofertelor pentru unul dintre aceștia (ofertant câștigător) și un răspuns de confirmare a menținerii unei certificări deținute, pentru celălalt (contestatoare).

Consiliul consideră că entitatea contractantă a aplicat eronat prevederile art. 221 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 99/2016, demersul de clarificare a ofertelor înaintate de favorizând acest operator economic: *(1) În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate, ori în cazul în care lipsesc anumite documente, entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței. [...]*

(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Oferta care nu respectă regulile de întocmire impuse prin documentația de atribuire este considerată neconformă, așa cum stabilesc prevederile art. 228 alin. (5) din Legea nr. 99/2016: *Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă documentele achiziției, a fost primită cu întârziere, prezintă semne de înțelegeri anticoncurențiale sau corupție sau a fost considerată de entitatea contractantă ca fiind anormal de scăzută.* Practic, acceptarea informațiilor de completare a ofertelor desemnate câștigătoare (ce nu sunt doar informații de confirmare formală) a condus la schimbarea statutului cert de

neconformitate, în sensul calificării lor drept oferte conforme/admisibile, această schimbare nefiind permisă chiar de documentația de atribuire a entității contractante. De altfel, nici asumarea respectării caietului de sarcini nu poate fi considerată o conduită de remediere formală a ofertelor neconforme, întrucât propunerea tehnică nu poate fi înlocuită cu o declarație pe proprie răspundere a operatorului economic.

Pentru cele ce preced, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația, va anula rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii și în actele subsecvente, în partea privind stabilirea ofertelor câștigătoare și va obliga entitatea contractantă la continuarea procesului de analiză a acestora, în maxim 20 zile, pornind de la constatarea absenței informațiilor de conformitate a lor.

În privința solicitării de a obliga achizitorul la acordarea accesului la informațiile de interes (declaratate confidențiale) din cuprinsul ofertelor concurentului contestatoarei, Consiliul constată că, deși autoarea cererii a probat existența refuzului entității contractante de a-i pune la dispoziție acele informații, acest refuz nu a condus la vătămări efective. Contestatoarea a beneficiat de informații suficiente pentru a pregăti și susține acțiunea în fața Consiliului, privitoare la situația ofertelor cu care se află în competiție (acestea urmând a fi reevaluate pe aspectele reclamate).

Astfel, cererile privitoare la obligarea entității contractante în sensul adoptării unei conduite de complinire formală a dreptului de acces la informații sunt nefondate, urmând a fi respinse de Consiliu, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de, în partea privind rezultatul procedurii, consemnat în raportul procedurii nr. 73968.87 din 25.10.2021 și actele subsecvente lui, emise de SA, entitate contractată în procedura inițiată cu anunțul de participare nr. SCN1092442.

Anulează rezultatul procedurii, privitor la desemnarea ofertelor câștigătoare ale celor 7 loturi și obligă entitatea contractantă la continuarea procesului de analiză a acestora, în maxim 20 zile, conform motivării de mai sus.

Respinge, ca nefondate, cererile de acces la informațiile indicate de contestatoare, din cuprinsul ofertelor desemnate anterior câștigătoare.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.