CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 557/16.05.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 19728/16.05.2018, depusă de SC ...SA, cu sediul în ...., formulată împotriva modului în care s-a desfășurat etapa de licitație electronică, în procedura organizată de către SC ...SA, cu sediul în …., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de achiziție publică organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect *„Furnizare nisip cuarțos sau echivalent pentru execuția lucrărilor de abandonare în adâncime a sondelor aparținând ....”,* s-a solicitat anularea răspunsului la notificarea prealabilă transmis cu adresa nr. 1680/14.05.2018 și obligarea autorității contractante la remedierea disfuncționalităților intervenite în programul electronic de desfășurare a licitației electronice, în sensul organizării unei noi licitații electronice.

Prin cererea de intervenţie voluntară accesorie înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 20277/22.05.2018, formulată de SC ...SRL, cu sediul în …., în calitate de ofertant clasat pe locul 1, s-a solicitat *admiterea cererii de intervenție și respingerea contestației formulate de SC ...SA ca nefondată.*

Contestaţia şi cererea de intervenţie vor fi soluţionate împreună, având în vedere dispoziţiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) şi art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia de faţă, prin care ofertantul SC ...SA reclamă modul de desfășurare a etapei

de licitație electronică invocând disfuncționalități ale sistemului SEAP la momentul introducerii ofertei sale de preț.

Contestatoarea arată că a participat la procedura de achiziție publică prin depunerea unei oferte, iar în etapa de licitație electronică a intrat în procedura de licitație electronica accesând butonul „Oferta" din prima zi a rundei de licitație. În fereastra deschisă la rubrica „Clasament" se regăsea cifra 1(unu) cu mențiunea în paranteză *„există cel puțin un ofertant pe aceeași poziție"*, context în care societatea sa a introdus o nouă ofertă, moment în care poziția din clasament (1) nu s-a schimbat, însă a dispărut mențiunea citată anterior.

Mai arată că, în continuare, situația prezentată a rămas nemodificată până a doua zi, când, în ultimul minut, mai exact la ora 13:59, societatea sa a ajuns pe poziția a 2-a, context în care a introdus 3 oferte succesive, însă, cu toate acestea a rămas în continuare pe poziția nr. 2.

Este menționat de către contestatoare, faptul că, deși SEAP a informat-o cu privire la faptul că licitația electronică nu se finalizează la ora programată în cazul modificării clasamentului în ultimul minut, situație în care licitația se prelungește automat, totuși, după introducerea de către societatea sa a ultimei oferte, sistemul s-a închis la ora programată 14:00, fără a se mai aplica prelungirea automată menționată în invitația de a participa la licitația electronică.

Contestatoarea solicită să se aibă în vedere elementele tehnice informatice existente, și anume funcționarea licitațiilor pe platforma SEAP, și anume:

- orele de afișare ale ofertelor și ale pozițiilor de clasament sunt diferite față de orele regăsite în adresa transmisă de AADR – precizând că societatea sa a fost încunoștiințată în ultimul minut de schimbarea clasamentului, nicidecum în minutul 1:58:17 cum relevă AADR prin adresa transmisă;

- în situația închiderii procedurii se închide în mod automat fereastra și nici un ofertant nu mai poate introduce nici un fel de date de îmbunătățire a ofertei, aspect care nu s-a întâmplat după cum rezultă însăși din adresa AADR care are cuprinsă pe ultima poziție oferta depusă de subscrisa și cuantumul acesteia. În cazul în care licitația s-ar fi închis anterior introducerii acestei oferte subscrisa nu ar mai fi putut să introducă noul preț cu atât mai mult cu cât acest preț nu putea fi înregistrat de platforma informațională;

- există sincope informatice, iar acestea pot fi cu ușurință observate tocmai din această adresă AADR, faptul că s-a înregistrat oferta societății sale relevă tocmai faptul că aceasta a fost transmisă în timpul de desfășurare a licitației.

În opinia contestatoarei, întrucât autoritatea contractantă și-a exprimat opțiunea de prelungire a licitației electronice în mod automat în cazul producerii unei modificări a primei poziții din clasament, în mod obligatoriu trebuia ca la licitația electronică desfășurată datorită faptului că s-a schimbat poziția în clasament prin depunerea unei oferte să se acorde acest termen imperativ acceptat de autoritatea contractantă de

prelungire a licitației electronice cu cele 5 minute pentru a da posibilitatea celorlalți ofertanți, adică societății sale, de a depune alte oferte îmbunătățite în vederea menținerii poziției 1 din clasament.

Din cauza acestor erori și inadvertențe în sistemul informatic și din cauza faptului că nu s-a respectat regulamentul de licitație la momentul finalizării licitației electronice societatea sa a fost împiedicată în a depune o altă ofertă electronică prin neprelungirea termenului.

Invocând dispozițiile art. 121 alin. (1) din Normele metodologice din 2016 de aplicare a Legii nr. 98/2016, contestatoarea susține că nu a putut să cunoască poziția în clasament după introducerea ultimelor două oferte, sistemul oprindu-se la ora programată 14:00, fără a se prelungi automat.

Sunt invocate de asemenea în susținerea contestației și dispozițiile art. 117 din Norme potrivit cărora „licitația electronică se poate organiza numai în măsura în care facilitățile tehnice disponibile în cadrul SEAP permit aplicarea algoritmului de calcul stabilit de autoritatea contractantă", însă sistemul nu a permis prelungirea automată a rundei de licitație electronică.

În acest context, contestatoarea invocă încălcarea de către autoritatea contractantă a dispozițiilor art. 112 alin. (2) și art. 115 din normele de aplicare a Legii 98/2016.

Concluzionând, contestatoarea consideră că timpul sistemului tehnic utilizat în vederea desfășurării licitației nu a corespuns cu timpul real. Raportat la acest aspect, consideră că autoritatea contractantă i-a încălcat în mod flagrant dreptul la o licitație corectă, împiedicând-o, prin distorsionarea sistemului electronic, să beneficieze de o licitație corectă și reală. Consideră, de asemenea, că facilitățile tehnice disponibile în cadrul SEAP nu au permis, în mod corect aplicarea algoritmului de calcul stabilit de autoritatea contractantă, iar raportat la toate aceste aspecte solicită obligarea autorității contractante la reorganizarea licitației.

Prin adresa nr. 20004/1657-C4/18.05.2018, Consiliul a înştiinţat autoritatea contractantă despre depunerea contestaţiei de către SC ...SA, solicitând punctul de vedere cu privire la contestaţie, copia dosarului achiziției și copiile documentelor pe care le consider relevante în soluționarea contestației.

Prin adresa nr. 1742/21.05.2018, înregistrată la Consiliul sub nr. 20232/21.05.2018, autoritatea contractantă a transmis punct de vedere prin care arată că etapa finală de licitație electronică s-a derulat în conformitate cu specificațiile din fișa de date, respectiv o singură rundă, astfel:

- data începere: 07.05.2018, ora 14:00;
- data finalizare: 08.05.2018, ora 14:00.

Autoritatea contractantă arată că potrivit legislației în vigoare, AADR este singura entitate în măsură să verifice și să furnizeze informații cu privire la pretinsa disfuncționalitate a sistemului, autoritatea contractantă nefiind implicată în derularea efectivă a licitației electronice și implicit nici în finalizarea acesteia, ci numai în lansarea invitației de participare la această etapă.

Autoritatea contractantă precizează că a informat contestatoarea cu privire la operatorul platformei ...., …. (AADR) și atribuțiile acesteia iar în dovedirea bunei credințe în demonstrarea faptului că sistemul a funcționat pe întreaga perioadă de derulare a licitației, a transmis către AADR adresa nr. 1663/10.05.2018 prin care a solicitat transmiterea desfășurătorului etapei de licitație electronică, document al cărui conținut îl prezintă.

În opinia autorității contractante, contestatoarea a interpretat greșit condițiile necesare a fi îndeplinite pentru prelungirea automată a etapei finale de licitație electronică, respectiv prelungirea automată se realizează doar în situația în care în intervalul de 1 minut până la data de închidere a licitației se produc alte modificări ale clasamentului.

În final, autoritatea contractantă arată că:

- etapa finală de licitație electronică s-a desfășurat fără disfuncționalități de natură tehnică;

- ofertantul ...SA a introdus într-adevăr două prețuri succesive la ora 13:59, dar fără a modifica clasamentul în ultimul minut până la data de închidere a licitației. În acest, sistemul nu a prelungit automat etapa finală de licitație electronica, iar după expirarea rundei de licitație respective la 08.05.2018, ora 2:00:39 PM, ofertantul ...SA a introdus un nou preț al ofertei, motiv pentru care „Oferta nu a fost salvată pentru că s-a depășit ora de licitare”

Ca urmare a celor de mai sus, autoritatea contractantă arată că rezultă fără putință de tăgadă că ambii ofertanți au participat cu succes la licitația electronică, fără impedimente vizibile, motiv pentru care solicită respingerea contestației ca nefondată și să dispună continuarea procedurii de atribuire.

Prin cererea de intervenţie voluntară înregistrată la Consiliu cu nr. 639/21.05.2018, formulată de SC ...SRL, în calitate de ofertant clasat pe locul 1, a solicitat *admiterea cererii de intervenție și respingerea ca nefondată a contestației.*

În fapt, intervenienta prezintă o serie de argumente în susținerea cererii de intervenție concluzionând prin faptul că întreaga procedură de licitație electronica s-a desfășurat cu respectarea prevederilor în vigoare.

Din analiza susţinerilor părţilor şi a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reţine cele ce urmează:

...SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, cu etapă finală de licitație electronică, privind încheierea acordului-cadru având ca obiect *„Furnizare nisip cuarțos sau echivalent pentru execuția lucrărilor de abandonare în adâncime a sondelor aparținând OMV Petrom”.* În acest sens, a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. 182903/21.02.2018, valoarea estimată a procedurii fiind cuprinsă între 1.485.420 și 3.253.560 lei, fără TVA, data limită pentru depunerea ofertelor în SEAP fiind stabilită la 26.03.2018, ora 16:00.

În cadrul procedurii de atribuire, conform documentelor publicate în SEAP de către autoritatea contractantă prin documentul *„Declarație privind denumirea și datele de identificare ale ofertanților/ofertanților*

asociați/subcontractanților/terților susținători" înregistrată sub nr. 1116/26.03.2018, au fost depuse 2 oferte, printre acestea regăsindu-se cea a contestatoarei din prezenta cauză, respectiv SC ...SA.

Împotriva modului în care s-a desfășurat etapa finală de licitație electronică, SC ...SA a formulat contestație, cu respectarea prevederilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, parcurgând procedura notificării prealabile, solicitând anularea răspunsului la notificarea prealabilă transmis cu adresa nr. 1680/14.05.2018 și obligarea autorității contractante la remedierea disfuncționalităților intervenite în programul electronic de desfășurare a licitației electronice, în sensul organizării unei noi licitații electronice.

Având în vedere că la dosarul cauzei a fost depusă, în termenul stabilit de art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, cerere de intervenție accesorie în sprijinul autorității contractante de către SC ...SRL, Consiliul va admite în principiu cererea având în vedere calitatea acestuia de ofertant a cărui ofertă are un preț mai mic decât a ofertantului contestator, fiind situată pe primul loc în clasament, având șanse în atribuirea contractului. Astfel, prin demersul intreprins, intervenienta încearcă să își conserve poziția câștigată în cadrul procedurii.

Pe fondul cauzei, analizând criticile formulate de către SC ...SA, Consiliul constată că, în fișa de date a achiziției, la cap. IV.2.2) *„Se va organiza o licitație electronică",* autoritatea contractantă a stabilit modul în care aceasta se va desfășura, respectiv:

„Se va utiliza licitația electronică („LE") drept pas final al procedurii de atribuire. La LE vor fi invitați toți Ofertanții care au depus Oferte admisibile cf art. 134 alin. (2) din Legea 98/2016. LE se va desfășura într-o singură rundă de 24 de ore, care se poate prelungi în mod automat în situația în care se modifică clasamentul. Și va începe la 2 zile lucrătoare de la transmiterea invitației la adresa de e-mail înregistrată în sistem. Elementul Ofertei care reprezintă obiectul LE este prețul total al ofertei aferent cantității maxime, exprimat în LEI, fără TVA. (…)

Dacă ofertantul nu îmbunătățește prețul în cadrul LE la stabilirea clasamentului final se va lua în considerare oferta depusă de către acesta anterior desfășurării acestei faze, introdusă în prealabil în SEAP".

Raportat la criticile contestatoarei, Consiliul constată că din documentul prezentat de AADR, rezultă că în data de 08.05.2018, respectiv în ultimul minut înainte de ora 14:00 (2:00PM) activitatea contestatorului și a celuilalt ofertant s-a desfășurat astfel:

- la ora 1:58:17 PM, SC ...SRL a introdus prețul de 2700000.00 lei, cu mențiunea „Succes";

- la ora 1:59:33 PM, SC ...SA a introdus prețul de 3188488.80 lei, cu mențiunea „Succes";

- la ora 1:59:57 PM, SC ...SA a introdus prețul de 2957486.04 lei, cu mențiunea „Succes"; iar

- la ora 2:00:39 PM, SC ...SA a introdus prețul de 2131081.80 lei, cu mențiunea „oferta dumneavoastră nu a fost salvată pentru că s-a depășit ora de licitare".

Consiliul constată că până la ora 14:00 (2:00PM) stabilită pentru desfășurarea etapei de licitație electronică ofertantul contestator a introdus oferte de preț cu valori mai mari decât ale competitorului său situație care l-a clasat, în mod corect, pe locul al doilea.

Astfel, în condițiile în care clasamentul nu s-a schimbat în ultimul minut ca urmare a demersurilor contestatoarei de a introduce mai multe oferte de preț, prețuri care au fost mai mari decât a ofertantului competitor, sistemul SEAP nu a avut niciun motiv să prelungească perioada de ofertare.

În acest sens au fost aduse la cunoștința utilizatorilor SEAP informații detaliate cu privire la acest aspect, astfel încât în „Manual utilizare ofertant", paragraful „Licitație electronică", se menționează la pagina 121 că:

„În cazul în care AC-ul a optat pentru extinderea perioadei de licitare, licitația electronică nu se mai finalizează la o oră fixă, dacă în ultimul minut, parametru de sistem configurabil de către operator SEAP, s-a produs o modificare a primei poziții din clasament. În acest caz, licitația se va prelungi automat cu 5 minute, configurabil printr-un alt parametru de sistem. Cele 5 minute se aplică datei de închidere a licitației. Dacă în intervalul de 1 minut până la data de închidere a licitației se produc alte modificări ale clasamentului, termenul de prelungire rămâne cel de 5 minute după data de închidere. Dacă în primele 5 minute de prelungire a licitației are loc o nouă schimbare a câștigătorului, licitația se va prelungi automat cu încă 5 minute de la data modificării clasamentului".

Or, în condițiile în care ofertantul contestator nu a reușit să modifice clasamentul prin cele două oferte introduse înainte de ora 14:00 (2:00PM), sistemul SEAP nu putea extinde perioada de licitare cu încă 5 minute, prin urmare, nu poate fi vorba de disfuncționalități ale sistemului ci de ofertele de preț introduse de către contestatoare în ultimul minut al etapei, oferte de preț care până la ora 14:00 (2:00PM) nu au influențat clasamentul, valoarea acestora fiind mai mare decât a celuilalt ofertant.

În ceea ce privește critica potrivit căreia orele de afișare ale ofertelor și ale pozițiilor de clasament sunt diferite față de orele regăsite în adresa transmisă de AADR, Consiliul constată că nu a fost depusă nicio probă în susținerea acesteia, deși sarcina probei revenea contestatoarei, situație reglementată și de art. 249 din Noul Cod de procedură civilă.

Referitor la faptul că sistemul SEAP, în opinia contestatoarei, nu s-a închis la ora 14:00 (2:00PM) întrucât a permis introducerea ofertei sale îmbunătățite, și că într-o astfel de situație sistemul trebuia să prelungească cu 5 minute licitația electronică, Consiliul constată că acest aspect nu constituie o disfuncționalitate a sistemului, ci demersul tardiv al contestatoarei de a introduce cel de-al treilea preț în momentul în care sistemul SEAP închidea faza de licitație electronică, dovadă mesajul generat de SEAP *„Oferta dumneavoastră nu a fost salvată pentru că s-a depășit ora de licitare".*

Consiliul reține susținerile contradictorii ale contestatoarei, pe de o parte că sistemul SEAP nu s-ar fi închis, deoarece i-a permis introducerea celei de-a treia oferte de preț, iar pe de altă parte că societatea sa *„nu a putut să-și cunoască poziția în clasament după introducerea ultimelor două oferte, sistemul oprindu-se la ora programată 14:00, fără a prelungi automat”* perioada de desfășurare a licitației.

Într-o astfel de situația contestatoarea nu poate invoca culpa autorității contractante sau a sistemului SEAP în condițiile în care acțiunea de introducere a cifrelor aferente ofertei au fost făcută simultan cu momentul inchiderii fazei de licitație electronică.

În acest context, o eventuală acceptare a ofertei de preț întrodusă în momentul închiderii fazei de licitație electronică ar fi condus la crearea unui avantaj evident în favoarea ofertantului contestator în condițiile în care legiuitorul a stabilit în sarcina ofertanților faptul că riscul trimiterii ofertei aparține exclusiv acestora. Consiliul va reține ca relevante în acest sens dispozițiile art. 125 din HG nr. 395/2016 potrivit cărora *„Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”.*

Consiliul reține că procedura în desfășurare este licitație deschisă cu etapă finală de licitație electronică, nicidecum sistem dinamic, așa cum susține contestatoarea. Totodată, contestatoarea nu a criticat documentația de atribuire, prin urmare, nu poate formula critici în acest moment, legate de modalitatea de desfășurare a procedurii de atribuire.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a încălcat dispozițiile art. 115 din HG nr. 395/2016, așa cum invocă contestatoarea, potrivit cărora *„Autoritatea contractantă nu are dreptul de a utiliza în mod abuziv sau impropriu licitația electronică astfel încât:*

a) să împiedice, să restrângă sau să distorsioneze concurența”, constată caracterul nefondat al criticilor formulate de SC ...SA, motiv pentru care în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către aceasta.

Având în vedere soluția pronunțată, respectiv caracterul nefondat al contestației formulate de SC ...SA, Consiliul va admite cererea de intervenție introdusă de SC ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ...SA în contradictoriu cu ...SA.

Admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**....**

Redactată în cinci exemplare, conţine 8 (opt) pagini.