CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642 Fax. +4 021 8900745 www.cnsc.ro

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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. ...../...../.....
Data: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de ..... SRL, cu sediul în ....., str. ....., județul ....., înmatriculată în registrul comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal de ing. ....., în calitate de director general, împotriva adresei nr. ..... din ....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, emisă de ..... SA, în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ....., ..., ..., în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „.....", cod CPV 34944000-6 – Sisteme de încălzire a macazurilor (Rev.2), s-a solicitat anularea actului atacat și reluarea procedurii de evaluare.

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

Prin contestația de față, ... SRL atacă adresa de comunicare a rezultatului procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, susține contestatorul, la data de ....., entitatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, respectiv că

oferta a „fost respinsă ca neconformă în baza art. 143. alin. (3) lit. a) din HG 394/2016, deoarece nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini PCL23”. De asemenea, în propunerea tehnică, în ceea ce privea secțiunea maximă a tecii de protecție a elementului încălzitor, s-a menționat „încadrat în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm, depășindu-se secțiunea maximă prevăzută în caietul de sarcini, respectiv D 16 mm”.

..... SRL susține că a prezentat la licitație, conform opisului, următoarele documente: fișa tehnică, declarație de producător și autorizația de furnizor feroviar.

În cuprinsul fișei tehnice, s-a precizat că *„secțiunea transversală a tecii de protecție a elementului încălzitor se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm, pentru a putea permite fixarea pe șina de cale ferată UIC tip 49,60 și 65*”, iar societatea contestatoare susține că informațiile se corelau cu datele tehnice și parametrii precizați în Desenul tehnic din cuprinsul ofertei. Potrivit desenului, societatea contestatoare poate fabrica produsul cu secțiune de 15 ± 0,3 mm, dimensiune care respectă cerințele tehnice din caietul de sarcini – de maxim D16 mm.

Societatea contestatoare, întrucât nu a primit nicio solicitare de clarificare, doar comunicarea rezultatului procedurii, a solicitat o lămurire asupra descalificării din punct de vedere tehnic în condițiile în care a demonstrat că poate fabrica produsele la cotele solicitate. Autoritatea contractantă a subliniat faptul că fișa tehnică pe care a primit-o în SICAP cuprinde și o pagină fără desen tehnic, unde se regăsea dovada respectării cotelor solicitate.

Totodată, contestatorul învederează faptul că documentele au fost scanate, semnate electronic și înaintate către autoritatea contractantă. Aceste documente sunt folosite și pentru participarea la alte proceduri de achiziție având ca obiect rezistențe electrice.

Contestatorul consideră că a fost o eroare tehnică intervenită fără a permite autorității contractante să vizualizeze și desenul din cea de-a patra pagină a fișei tehnice.

Prin adresa nr. 209017/07.01.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 513/07.01.2019, entitatea contractantă a prezentat un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii, arătând totodată motivele care au stat la baza respingerii societății contestatoare.

Autoritatea achizitoare menționează că oferta societății contestatoare a fost respinsă, ca neconformă, potrivit art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, întrucât nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini PCL 23, în sensul că, în propunerea tehnică, s-a menționat că secțiunea maximă a tecii de protecție a elementului încălzitor se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm, depășindu-se secțiunea maximă prevăzută în caietul de sarcini, respectiv D 16 mm.

Referitor la deținerea resurselor necesare fabricării produselor solicitate aferente licitației, entitatea contractantă nu pune la îndoială acest fapt, însă, analizând propunerea tehnică, unde a susținut că secțiunea maximă a tecii de protecție a elementului încălzitor se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm, comisia de evaluare a concluzionat că se depășește diametrul D=16 mm prevăzut în Anexa 1 la caietul de sarcini PCL 23. Astfel, elementul încălzitor pe care societatea ..... SRL l-a ofertat depășea cu 0,5 mm diametrul (D) maxim admis precizat în Anexa 1.

În ceea ce privește faptul că *„informațiile din fișa tehnică se corelează cu datele tehnice și parametrii precizați în desenul tehnic”*, entitatea contractantă învederează că acest desen nu a fost atașat în SEAP pe parcursul derulării procedurii de atribuire de către contestator pentru a putea fi evaluat. A luat la cunoștință de acest desen în momentul primirii contestației, fiind atașat acesteia, însă nu a putut fi luat în considerare la acest moment.

Documentele atașate propunerii tehnice depuse de către contestator în SEAP au fost următoarele: carte tehnică, declarație de producător și autorizație AFER, fără a prezenta și desenul despre care acesta a făcut vorbire în cuprinsul contestației.

Cu privire la faptul că nu i s-a cerut nicio clarificare, entitatea contractantă precizează că nu ar fi avut cum să facă acest lucru, întrucât din singurul document prezentat a ..... că dimensiunea oferită era de 16,5 mm și nu au fost atașate alte documente din care să rezulte o eventuală neconcordanță între informații, astfel încât să existe supoziția unui viciu de formă pentru care să se solicite clarificări.

Entitatea contractantă subliniază faptul că potrivit art. 131 din HG nr. 394/2016 *„riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”*.

În replică față de punctul de vedere al entității contractante ..... SRL a transmis adresa nr. 13/07.01....., înregistrată la Consiliu nr. 639/08.01.2019, prin care precizează că pagina primită, chiar dacă nu conținea niciun desen, cuprinde o legendă (un tabel de componență) care se referă foarte clar la un desen, adică la produsul ce face obiectul achiziției.

Față de acest aspect entitatea contractantă trebuia să solicite clarificări.

Prin adresa nr. 797/.....-...../08.01.2019, Consiliul a solicitat Agenției pentru Agenda Digitală a României (AADR) să pună la dispoziție, în format electronic, oferta tehnică depusă de ..... SRL, așa cum a fost încărcată în SEAP de operatorul economic. AADR a transmis prin adresa nr. 955/11.01.2019, către Consiliu, documentele încărcate de ofertant în SEAP.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

Entitatea contractantă ..... SA a inițiat o procedură simplificată organizată în vederea încheierii acordului-cadru de furnizare „.....", prin publicarea în SEAP a anunțului nr. ...../..... Valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 36.542 euro. Termenul limită de depunere a ofertei a fost 27.11.....

La prezenta procedură s-au prezentat doi ofertanți: ..... SRL și …. SRL.

În procesul-verbal nr. 197562/12.12....., comisia de evaluare a consemnat neîndeplinirea cerinței referitoare la secțiunea maximă a tecii de 16 mm, pentru fiecare tip de încălzitoare, produsele având, pentru teacă, o cotă de maxim 16,5 mm.

În raportul procedurii nr. 197648/....., entitatea contractantă a decis respingerea ofertei ..... SRL: Oferta este neconformă în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016 (…) deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini PCL23.

În adresa nr. ...../..... de comunicare a rezultatului procedurii, entitatea contractantă a înscris cele de mai sus, adăugând și argumentarea respingerii:

(…) propunerea dumneavoastră tehnică menționează, în ceea ce privește secțiunea maxima a tecii de proiecție a elementului încălzitor, se încadrează în limitele unui dreptunghi de dimensiunile de 8.5mm x 16,5 mm, depășindu-se secțiunea maximă prevăzută în caietul de sarcini, respectiv D 16 mm.

Nemulțumit fiind de acest ....., ... SRL a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Consiliul reține, în soluționarea cauzei, următoarele caracteristici tehnice stabilite prin caietului de sarcini:

- pentru *Sisteme de încălzire a macazurilor tip Hanning&Kahl (sau echivalent)- Rezistență încălzire macaz 850Vcc - 900W tip 1 (…): <u>Secțiune maximă: D16 mm.</u>*
- pentru *Sisteme de încălzire a macazurilor tip Contec (sau echivalent)- Rezistență încălzire macaz 850Vcc - 900W tip 2: (…) <u>Secțiune maximă: D16 mm.</u>*

..... SRL, ținând cont de prevederea de la pct. 5 din caietul de sarcini (Ofertantul va prezenta fișele tehnice pentru produsele oferite, încadrându-se în cerințele din Anexa caietului de sarcini), a inclus în propunerea tehnică documentul Carte tehnică-elemente încălzitoare electrice tuburi metalice pentru macazuri (4 pagini), în care sunt înscrise și următoarele:

(…) Secțiunea transversală a tecii de protecție elementului încălzitor <u>se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x</u>

16,5 mm, pentru a putea permite fixarea pe șina de cale ferată UIC tip 49,60 și 65.

Consiliul observă că decizia de respingere a ofertei s-a bazat pe compararea strictă a două valori, 16 mm cu 16,5 mm, fără a se analiza enunțul în care au fost formulate acestea și nici celelalte elemente ale cărții tehnice.

Petentul, în motivarea contestației, a atras atenția asupra faptului că propunerea tehnică, la pag. 4, conține un desen pentru produsele ofertate, pentru care s-a cotat secțiunea tecii cu 15 $\pm$ 0,3 mm. Însă, atât Consiliul cât și entitatea achizitoare au constatat că, în respectiva pagină, sunt trecute doar 11 denumiri de părți componente ale produsului (legenda desenului, așa cum a precizat reclamantul), fără niciun desen. Fapt confirmat și de AADR, prin documentele puse la dispoziție (documente încărcate de ofertant în SEAP). De remarcat faptul că pagina 4 din cartea/fișa tehnică ofertată conține doar cele 11 elemente, fără niciun desen, dar este, în rest, identică cu cea atașată la contestație (lipsa imaginii fiind apreciată de contestator, prin concluzii, drept o eroare tehnică la încărcarea documentelor în SEAP).

Consiliul nu va reține ca pertinentă afirmația entității contractante, formulată în punctul de vedere, aceea că membrii comisiei de evaluare nu ar fi avut cum să determine dimensiunea secțiunii, nefiind atașate alte documente, iar singurul document indica 16,5 mm. Infirmarea acestei opinii este dată de mențiunile din cartea tehnică: *elementele încălzitoarelor electrice în tuburi metalice pentru macazuri se execută în conformitate cu specificația tehnică, cod ST 22/2009.*

Analizând specificația tehnică ST 22/2009- Elemente încălzitoare în tuburi metalice pentru macazuri, Revizia 2 ediția 2 (emisă de ..... SRL, avizată de AFER și …. SA) și pusă la dispoziție de petent, pe parcursul soluționării, Consiliul ia act de următoarele precizări de la cap. 3 CARACTERISTICI TEHNICE/ 3.1. Caracteristici constructive:

Elementele încălzitoare au forma și dimensiunile de gabarit conform fig.1 (Anexa 1) și documentației tehnice constructive.

Elementele componente principale ale produsului sunt:

- *sans teacă de protecție - poz. 1;*
- *umplutura izolație (MgO)- poz.2;*
- *izolator ceramica 1 - poz.3;*
- *spira rezistiva - poz.4;*
- *izolator ceramica 2 - poz.5;*
- *garnitură - poz.6;*
- *regleta cu doi poli- poz.7;*
- *bucșa filetată - poz. 8;*
- *cablu alimentare - poz.9;*
- *eticheta identificare - poz. 10;*
- *masa rigidizare (electropasta) - poz. 11.*

(…) Secțiunea transversală a elementelor încălzitoare trebuie să se încadreze într-un dreptunghi de maximum 8,5 x 16,5 mm și să permită prinderea pe șine UIC tip 49, 60 și 65 în spațiul dintre ace și contraace, fără să împiedice buna funcționare a aparatului de cale.

Anexa nr. 1 aferentă ST 22/2009 conține același desen (cu aceleași cote), identic cu desenul prezentat de petent pe calea contestației. În desen, secțiunea tecii este de 15 ± 0,3 mm, confirmându-se susținerile reclamantului. În fapt, cartea tehnică a fost realizată pe baza informațiilor din ST 22/2009.

Petentul a ofertat produse care *se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm,* dar fără să confirme cota de realizare. În cartea tehnică, nefiind precizată dimensiunea pentru secțiunea tecii, ci doar încadrarea ei, se poate înțelege că produsul ar putea fi realizat la orice valoare sub 16,5 mm, cum ar fi 13, 14, 15, sau 16,49 mm. Dar execuția se va realiza (așa cum s-a precizat la cap. 3.1 din ST 22/2009) la cota din Anexa nr. 1, respectiv 15 ± 0,3 mm, care este inferioară valorii solicitate prin caietul de sarcini, de maxim 16 mm.

Este adevărat că entitatea contractantă, la momentul evaluării, nu deținea de la ofertant desenul și nici informația referitoare la cota de 15 + 0,3 mm. Însă, exprimarea neclară/incompletă din ofertă, că acel produs se încadrează în limitele unui dreptunghi cu dimensiunile de 8,5 mm x 16,5 mm, lipsind dimensiunea exactă, ar fi trebuit clarificată de comisia de evaluare, prin adresarea unei solicitări ofertantului în cauză, în temeiul art. 221 alin. (1) din Legea nr. ...../2016:

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.

Mai mult decât atât, o clarificare se impune și prin prisma respectării principiului tratamentului egal, instituit de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că entitatea a solicitat mai multe clarificări celuilalt ofertant, în 06.12....., printre care și prezentarea fișei tehnice a produsului, menționarea secțiunii maxime.

Elocventă, în acest sens, este hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene sa din 11 mai 2017, în cauza C 131/16, Archus, Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S A:

25 În această privință, trebuie amintit, mai întâi, că obligația autorității 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 o procedură de achiziții publice (...), presupune în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă menționată (...).

26 Principiul amintit impune în special ca toți ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea termenilor ofertelor lor și implică, așadar, ca acestea să fie supuse acelorași condiții pentru toți concurenții (...).

29 Cu toate acestea, Curtea a avut ocazia să statueze că principiul egalității de tratament nu se opune ca o ofertă să poată fi corectată sau completată punctual, atunci când aceasta necesită în mod vădit o clarificare sau atunci când este vorba despre înlăturarea unor erori materiale evidente, însă cu condiția respectării anumitor cerințe (...)

Așadar, dacă entitatea ar fi solicitat de la ofertant clarificări ori specificația ST 22/2009, regăsită în propunerea tehnică, ar fi ajuns la concluzia respectării cerințelor din caietul de sarcini.

Pe de altă parte, pentru a se asigura de conformitatea produselor ofertate, entitatea contractantă putea solicita clarificări, pornind de la mențiunea din autorizația furnizor feroviar seria AF nr. 7564/16.05....., eliberată de AFER și pentru elemente încălzitoare în tuburi metalice (autorizație inclusă în propunerea tehnică):

(…) Posesorul autorizației are următoarele drepturi: 1. Să solicite obținerea certificatelor de omologare tehnică feroviară sau, după caz, a agrementelor tehnice feroviare pentru produsele și/sau serviciile feroviare critice care se încadrează în categoriile specificate în prezenta autorizație.

Certificatele de omologare tehnică feroviară menționate în autorizația de mai sus, au fost puse la dispoziția Consiliului de către contestator, în 18.01.2019, ulterior formulării concluziilor.

Cele două certificate, emise de AFER, în 26.11..... (anterior termenului limită de depunere a ofertelor, care a fost în 27.11.....) sunt pentru elemente încălzitoare în tuburi metalice pentru macazuri:

- pentru omologare tehnică de tip în faza finală (seria OT nr. 172/.....);
- pentru omologare tehnică de fabricație în faza finală (seria OT nr. 173/.....).

În aceste documente se precizează: (…) *se atestă că produsul feroviar critic: elemente încălzitoare în tuburi metalice pentru macazuri* (…) *este conform documentului tehnic de referință, specificația tehnică cod ST 22/2009, ediția 2, revizia 2 "Elemente încălzitoare în tuburi metalice pentru macazuri", avizat de … SA și AFER.*

Astfel, chiar și în lipsa acelui desen, comisia de evaluare avea la îndemână informații tehnice pe baza cărora să stabilească dimensiunea produselor ofertate.

Analizarea propunerilor tehnice nu înseamnă doar o simplă comparare a informațiilor din documentelor depuse de ofertanți cu cele din caietul de sarcini, ci și o înțelegere a datelor/elementelor din ofertă. Comisia de evaluare nu poate compara strict două elemente, ci trebuie să țină cont și de celelalte informații, cum ar fi specificația tehnică ST 22/2009, mențiunile din autorizația AFER. Prin inițierea unei astfel de achiziții se presupune că membrii comisiei cunosc, din punct de vedere tehnic, necesitatea entității contractante, configurația produselor ce se vor livra, știind deci să interpreteze documentele depuse de ofertanți. Pentru o evaluare tehnică temeinică, entitatea avea dreptul să apeleze la experți cooptați, în temeiul art. 132 alin. (3) din HG nr. 394/2016*: În cazul în care evaluarea solicitărilor de participare/ofertelor necesită o expertiză aprofundată în domeniul achizițiilor sectoriale ori de natură tehnică, financiară, juridică și/sau privind aspectele contractuale specifice, entitatea contractantă poate desemna, pe lângă comisia de evaluare, specialiști externi numiți experți cooptați.*

Specialistul tehnic, apelând la celelalte informații din cartea tehnică și autorizația AFER, ar fi înțeles că produsul îndeplinește cerința din caietul de sarcini.

În consecință, având în vedere că produsul ofertant îndeplinește cerințele caietului de sarcini, în ceea ce privește secțiunea maximă a tecii de 16 mm, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de ..... SRL. Va anula procesul-verbal nr. 197562/12.12..... și raportul procedurii nr. 197648/..... în ceea ce privește evaluarea propunerii tehnice depusă de ..... SRL, precum și actele subsecvente. Va obliga entitatea contractantă să continue procesul de evaluare a ofertelor cu luarea în considerare a propunerii tehnice depusă de ..... SRL și să întocmească un nou raport al procedurii în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

Admite contestația formulată de ..... SRL, în contradictoriu cu ..... SA. Anulează procesul-verbal nr. 197562/12.12..... și raportul procedurii nr. 197648/..... în ceea ce privește evaluarea propunerii tehnice depusă de ..... SRL, precum și actele subsecvente. Obligă entitatea contractantă să continue procesul de evaluare a ofertelor cu luarea în considerare a propunerii tehnice depusă de ..... SRL și să întocmească un nou raport al procedurii în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în patru exemplare, conține nouă pagini