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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr....

Prin contestația nr. ...., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., înaintată de ....., cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin administrator ..... și convențional prin ....., cu sediul în ....., formulată împotriva rezultatul procedurii de atribuire, emis de ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ....., s-a solicitat Consiliului:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. ....., a raportului procedurii nr. ..... și, după caz, a oricărei alte comunicări ori a oricărui alt act emis în cadrul procedurii care consemnează rezultatul evaluării ofertei .....;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, pe baza criteriilor de atribuire, a factorilor de evaluare prevăzuți în documentația de atribuire, cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

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 ..... solicită anularea comunicării nr. .... privind rezultatul procedurii, a raportului procedurii de atribuire nr. ..... și, după caz, a oricărei alte comunicări ori a oricărui alt act emis în cadrul procedurii care consemnează rezultatul evaluării ofertei contestatoarei,

precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, pe baza criteriilor de atribuire, a factorilor de evaluare prevăzuți în documentația de atribuire, cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

1. Neîndeplinirea rolului activ de către autoritatea contractantă pentru clarificarea unei inadvertențe a documentației anexate ofertei

1.1. Conținutul ofertei tehnice .....

Oferta contestatoarei a fost apreciată drept neconformă în urma evaluării propunerii tehnice. Potrivit autorității contractante, neconformitatea derivă din nerespectarea limitei minime a temperaturii de funcționare și a limitei maxime a temperaturii de stocare impuse prin caietul de sarcini drept cerințe tehnice generale pentru validatoarele și consola de bord.

În cadrul ofertei tehnice, în secțiunea „Modul de conformare cu caietul de sarcini", contestatoarea declară că își însușește cerințele tehnice referitoare la temperatura de funcționare și de stocare impuse de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, realizând o descriere a caracteristicilor consolei/computerului de bord ce urmează a fi furnizat în urma declarării ofertei sale drept câștigătoare.

Prin descrierea realizată în cadrul ofertei tehnice, contestatoarea indică autorității contractante că echipamentul ofertat îndeplinește cerințele solicitate referitoare la temperatura de funcționare minimă și temperatura de stocare maximă. Cerințele tehnice ofertate de contestatoare sunt identice solicitărilor autorității contractante.

1.2. Cauza de neconformitate. Descrierea tehnică contradictorie din documente cu scop comercial/publicitar.

Potrivit raportului procedurii și comunicării rezultatului, oferta contestatoarei este neconformă prin raportare la parametrii evidențiați în documentul „Fișe produs și certificări - semnat.pdf''. Autoritatea contractantă se raportează la documentul „Technical Description" (ro. Descriere Tehnică), care evidențiază limite diferite de temperatură față de cele asumate de către ofertant prin oferta tehnică. Potrivit acestor descrieri, limita inferioară a temperaturii de funcționare și limita maximă a temperaturii de depozitare pentru validatoare, calculator de bord și terminale de plată ar fi nerespectate.

Contestatoarea arată că descrierea tehnică pe care se întemeiază autoritatea contractantă în respingerea ofertei face parte dintr-un document publicitar destinat promovării și comercializării produselor sale pe piață, care poate fi modificat oricând chiar de către ..... Descrierea din fișierul cu pricina nu are valoare juridică în procedura de atribuire, nu reprezintă documente de natură tehnică emise de organisme acreditate și nu leagă sub nicio formă ofertantul. ..... a atașat ofertei tehnice acele documente publicitare folosite în raporturile comerciale cu achizitori și potențiali achizitori. Parametrii tehnici indicați în aceste materiale nu reprezintă limitele minime și maxime reale ale aparaturii, verificate în laborator, ci valori folosite în scopul promovării

produselor ..... prin raportare la cerințele cele mai frecvente ale comercianților de pe piață.

În anexa certificatului, organismul de certificare a analizat și prevăzut că produsul funcționează în parametri [-33;+ 70]°C pentru temperatura de funcționare și [-40;+ 75]°C pentru temperatură de depozitare. Astfel, certificatul atestă limite de temperatură mai largi decât cele redactate în materialul publicitar la care este atașat certificatul, în baza căruia a fost respinsă oferta contestatoarei. Validatoarele respectă cerințele de temperatură impuse prin caietul de sarcini, contrar descrierii de natură comercială.

Contestatoarea menționează că în cuprinsul ofertei sale tehnice se specifica următoarele: „Validatoarele și consola/computerul de bord ....., care este deja utilizat de către beneficiar, au următoarele caracteristici:

- temperatura de funcționare: -25°C; +60°C;
- temperatura de stocare: -30°C;+ 70°C; "

Din punct de vedere tehnic, terminalul de plată ... este o parte componenta a validatorului, care se montează în interiorul acestuia. În condițiile în care prin oferta tehnică, contestatoarea a asumat că validatorul îndeplinește condițiile privind temperatura de funcționare solicitată, implicit aceasta conformitate privind temperatura de funcționare este îndeplinită și de către terminalul de plată .....

1.3. Rolul activ al autorității contractante

Având în vedere faptul că autoritatea contractantă a apreciat că există o discrepanță între oferta tehnică și documentele comerciale anexate, aceasta avea atât interesul, cât și obligația legală de a solicita clarificări asupra capacităților și a intenției ofertantei ..... de a-și asuma îndeplinirea condițiilor contractului de achiziție publică. Autoritatea contractantă ar fi trebuit să își exercite rolului activ reglementat de art. 221 din Legea nr. 99/2016.

Prin raportare la dispozițiile art. 139 din Normele metodologice anexate Hotărârii nr. 394/2016 din 2 iunie 2016, rolul activ al autorității publice este atât un drept, cât și o obligație.

Contestatoarea prezintă practică relevantă, menționând extras din Buletinul Oficial al CNSC nr. ... și extras din Buletinul Oficial al CNSC nr. ..

SC ..... și-a asumat expres și irevocabil prin oferta tehnică sus-indicată că va îndeplini cerințele autorității contractante, fiind legată să îndeplinească parametrii asumați potrivit art. 130 alin. (1) din Normele metodologice anexate Hotărârii nr. 394/2016. De aceea, autoritatea contractantă era obligată să realizeze o minimă diligență în a solicita clarificări în cazul în care a constatat o neconformitate a ofertei cu documentația comercială atașată, mai ales în contextul în care descrierea tehnică promoțională nu reprezintă un act cu forță juridică. Neclaritatea putea să fie cu ușurință înlăturată.

1.4. În subsidiar, lipsa unei cerințe referitoare la temperatura de funcționare și stocare pentru alte echipamente îmbarcate

Potrivit caietului de sarcini, cerințele referitoare la temperatura de funcționare și stocare vizează expres echipamentele - validatoare și consolă de bord.

În raportul procedurii, autoritatea contractantă reproșează contestatoarei că terminalele de plată ... și .... nu respectă cerințele referitoare la limitele de temperatură de funcționare și stocare.

Autoritatea contractantă nu a solicitat ofertanților respectarea unor cerințe de temperatură pentru terminalele de plată. Mențiunea „dar fără să fie limitate la acestea" a născut grave erori de interpretare și a creat posibilitatea autorității contractante să aplice arbitrar condițiile tehnice generale pentru a justifica respingerea ofertei. Autoritatea contractantă nu a oferit contestatoarei informații suficiente și nu a solicitat nicio clarificare asupra regimului de temperatură al terminalelor de plată.

2. Îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini referitoare la obligațiile Băncii Partenere privind comisionul perceput pentru tranzacții și furnizare de contract draft.

Al doilea motiv invocat de autoritatea contractantă pentru a justifica respingerea ofertei subscrisei constă în faptul că ..... nu ar fi prezentat „draftul de contract cadru al băncii solicitat la pag. 46 din caietul de sarcini".

Contrar motivării din raportul procedurii, contestatoarea a depus în cadrul procedurii de achiziție atât oferta de cash management personalizată pentru ....., cât și modelul de contract cadru („draft") aplicat de ..... în relațiile sale comerciale pentru operațiuni de acceptare de carduri, aceste doua documente fiind singurele solicitate în cadrul caietului de sarcini.

Potrivit autorității contractante, *„deși inițial comisia a acceptat explicația, în urma reevaluării ofertei condiția minimă nu se poate considera îndeplinită deoarece banca parteneră avea toate datele pentru a întocmi draftul de contract complet urmând ca ..... să precizeze dacă condițiile prevăzute în acesta se vor aplica în totalitate sau parți*al".

2.1. Cerințele relevante stabilite prin caietul de sarcini referitoare la comisionul bancar

Potrivit secțiunii „Descrierea Specifică a Sistemului" din caietul de sarcini, autoritatea contractantă stabilește drept cerință oferirea unor soluții tehnice astfel încât pasagerii să poată efectua plata aferentă călătoriilor „și cu cardul".

Astfel, autoritatea contractantă este interesată să încheie un contract cu o instituție financiar bancară care îi poate asigura procesarea tranzacțiilor pentru un comision fix. Autoritatea contractantă impune, totodată, ofertantului să depună prin ofertă documentele „oferta de cash management personalizată pentru ..... Constantă" și „draft contract cadru al băncii", acesta din urma urmând să devina nul și să nu-și mai producă efectele în cazul în care banca/procesatorul ar dori modificarea comisionului.

În cazul comisionului, al contractului draft pentru acesta care urmează a fi semnat separat cu banca comerciala și care poate deveni nul în cazul în care pe parcursul derulării contractului acest comision suferă modificări, cerință este clară. Pe de alta parte, cerința detaliată pentru oferta de cash management personalizata este de sferă foarte largă, incluzând o parte substanțială a serviciilor pe care le poate oferi o instituție financiar bancară în raporturi comerciale.

Potrivit fișei de date, algoritmul de calcul pentru atribuirea contractului de achiziție se raportează numai nivelul comisionului de tranzacție și la un minim de 8 componente ale ofertei de cash management elaborate de instituția financiar bancară selectată de participantul la procedură, fiind astfel în consens cu cerințele caietului de sarcini.

2.2. Analiza motivului de respingere a ofertei

Prin referire la mențiunile din raportul procedurii, potrivit cărora *„banca parteneră avea toate datele pentru a întocmi draftul de contract complet urmând ca ..... să precizeze dacă condiţiile prevăzute în acesta se vor aplica în totalitate sau parţial"*, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă a introdus la finalul procedurii, cu ocazia soluției de respingere a ofertei, cerințe suplimentare caietului de sarcini. Prin raportul procedurii, autoritatea contractantă enunță în mod expres că ar fi dorit să i se pună la dispoziție un model de contract cadru care probabil ar fi trebuit să cuprindă toate serviciile bancare enumerate neexhaustiv în caietul de sarcini.

Cerința „draft contract cadru al băncii" și mențiunile din caietul de sarcini nu ar putea fi interpretate în mod rezonabil ca având acest sens, al unui contract complet, care să acopere toate serviciile bancare posibil de oferit de Banca Partenera, în contextul în care singurul serviciu bancar care face obiectul acestei proceduri de achiziție este cel a procesării de tranzacții.

Argumentul invocat de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei este contrar dispozițiilor caietului de sarcini. Cerința redactării unui contract complet care să includă toate serviciile bancare cu toate clauzele esențiale nu rezultă expres și clar din documentația de atribuire, iar această modalitate arbitrară de eliminare selectivă a unor părți din contractul oferit nu este evidențiată în caietul de sarcini.

În mod concret, autoritatea contractantă dorea inversarea ordinii unei negocieri bancare, așteptând ca ..... și banca parteneră să imagineze un contract atotcuprinzător pentru toate serviciile bancare posibile, cu toate clauzele esențiale, pe care ..... să îl evalueze și să stabilească dacă este aplicabil total sau parțial.

Având în vedere conținutul caietului de sarcini, ... și ..... au furnizat documentele cerute.

2.3. Analiza îndeplinirii de către ..... a cerințelor

În conformitate cu cerințele stabilite prin documentația de atribuire, contestatoarea a depus în cadrul ofertei sale cel puțin cele doua documente solicitate.

Din caietul de sarcini și fișa de date reies două condiții esențiale pentru contractele de servicii bancare: (1) respectarea unui comision procentual de maxim 0,7% pentru operațiunile de plată pe tot parcursul relației contractuale și (2) ofertarea de către banca parteneră a cel puțin 8 servicii bancare identificate.

Oferta de „cash management" depusă la dosarul de achiziție respectă ambele condiții esențiale. În completarea ei, documentul „Documente diverse din partea bancii- semnat.pdf' acoperă toate actele necesare semnării contractului final de procesare tranzacții. Finalitatea condițiilor stabilite în contractul de achiziție este astfel îndeplinită prin raportare la voința exprimată a autorității.

În data 31.03.2020, autoritatea contractantă solicită în cadrul cererii de clarificare nr. 3 să „prezentați draft contract cadru al băncii în condițiile caietului de sarcini (pg. 46)".

Ca răspuns la solicitarea formulată, acesta a explicat în răspunsul său că *„documentele aferente din partea băncii partenere ...., înaintate cu ocazia depunerii ofertei ....., respectiv cererea pentru deschiderea de cont și condiţiile generale de afaceri, reprezintă documentele de bază referitoare la draftul contract cadru al băncii partenere .. și ataseaza și „ANEXA 4 _draft contract cadru ... pentru acceptare carduri-semnatpdf*".

În mod suplimentar, contractul cadru atașat se completează cu angajamentul .....din oferta de „cash management" referitor la taxele și comisioanele bancare, inclusiv comisionul de 0,7%, din Anexa 2 la ofertă.

În baza acestui contract, ...va asigura independent sau prin parteneri specializați, serviciul de autorizare, procesare şi decontare a tranzacțiilor prin carduri, efectuate prin .....

Secțiunea referitoare la comisioanele bancare este acoperita în mod corespunzător cu taxele și comisioanele din oferta de „cash management'.

Contestatoarea menționează că a evaluat cerințele și prin prisma fișei de Date și a determinat că prețul pentru tranzacțiile POS reprezintă condiție eliminatorie în cadrul licitației. De aceea, serviciul de procesare tranzacții poate fi considerat esențial pentru obiectul contractului care se prefigurează, motiv pentru care contestatoarea a atașat răspunsului și draftul de contract - cadru pentru acest serviciu bancar de acceptare carduri.

Contestatoarea concluzionează că din modul de redactare al cerințelor cuprinse în caietul de sarcini și din finalitatea procedurii descrise de autoritatea contractantă nu reiese sub nicio formă că aceasta ar fi dorit să i se pună la dispoziție un model de contract complet, al cărui obiect nu a fost clarificat nici în cadrul raportului procedurii de evaluare. Cerința ar fi fost, oricum, criticată de contestatoare drept excesivă pentru ca datele necesare întocmirii unui asemenea draft de contract complet lipsesc cu desăvârșire. Autoritatea contractantă a

introdus o cerință noua formulată doar în raportul procedurii și a ales sa considere neconforma oferta contestatoarei prin raportare la aceasta și nu la cerințele caietului de sarcini.

3. Îndeplinirea de către contestatoare a cerinței referitoare la certificarea terminalului de plată. Eroare a comisiei de evaluare.

În ceea ce privește motivul de respingere a ofertei referitor la certificarea EMV level 2 a terminalului de plată ....., comisia de evaluare a solicitat contestatoarei dovada dublei certificări a terminalului de plată, constatând că acesta este certificat doar EMV level 1.

Prin adresa nr. ... înregistrată la sediul ..... cu nr. ..., contestatoarea a precizat ca terminalul de plată ..este certificat EMV level 2.

Precizarea privind certificarea EMV level 2 la care contestatoarea face referire se regăsește în anexele la oferta tehnică, în documentul cu nume sugestiv „Declarație terminale cu anexe și ....-semnat.pdf" atașat ofertei tehnice, cat și în „Anexa 1 -Traduceri" atașată răspunsului de clarificare nr. 1 din adresa nr. 246/08.04.2020

Documentul la care face referire autoritatea contractanta „Fișe produs și certificări — semnat.pdf", conține doar fișa tehnică a echipamentului .... ofertat, în care producătorul Ingenico a ales să comunice doar caracteristicile hardware ale acestuia și implicit doar certificarea Level 1 care acoperă îndeplinirea unor cerințe exclusiv hardware.

Contestatoarea a furnizat în completare, documentul de certificare Level 2.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile Legii nr. 99/2016, ale H.G. nr. 394/2016 și ale Legii nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

În probațiune, contestatoarea depune, în copie, documente.

Prin adresa nr. ...., înregistrată la Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ..., autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere, solicitând respingerea contestația formulată de către ....., ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă învederează prevederile art. 129 alin.(1) din HG nr. 394/2016, menționând că petenta cu ocazia întocmirii propunerii tehnice nu a indicat niciun document sau informație care să fie avută în vedere sau să fie analizată dintr-o anumită perspectivă cu ocazia evaluării ofertei de către comisia de evaluare.

Contestatoarea a încărcat în SEAP în secțiunea specifică propunerea tehnică semnată cu semnătură electronica extinsă, care conform HG nr. 394/2016 art. 129 alin. (3) reprezintă documente originale. Comisia a evaluat oferta pe baza informațiilor și a documentelor tehnice suport prezentate, ofertantul nespecificând care document este de natură publicitara și care nu. Faptul că oferta nu respectă plaja de temperaturi solicitata reiese din patru documente diferite motiv pentru care comisia de evaluare a considerat ca nu sunt necesare clarificări. Certitudinea

comisiei de evaluare asupra neîndeplinirii cerințelor caietului de sarcini de către contestatoare reiese din documentele prezentate de ofertant.

Comisia de evaluare consideră că se impunea prezentarea unui draft contract în condițiile în care .... are calitatea de furnizor al ofertantului, iar încheierea unui contract pe baza unei oferte ce conține inclusiv broșuri și documente cu caracter general reprezintă acordarea unui cec în alb furnizorului, acesta putând oricând să susțină că documentele prezentate sunt doar cu caracter publicitar și nu au valoare juridică de natură să atragă răspunderea băncii sau că există și alte condiții care nu sunt incluse în ofertă, dar care trebuie incluse în contract. Entitatea contractată a solicitat prezentarea draftului de contract pentru a cunoaște detaliat toate clauzele/costurile aferente serviciilor prestate de bancă în calitate de furnizor al ofertantului înainte de a-l semna.

Astfel cum precizează și contestatoarea în cadrul documentului „Declarație terminale cu anexe şi IUC ok-semnat.pdf" la pagina 26, prezentat și tradus în limba română prin adresa nr. 246/08.04.2020 - Anexa 1 pag.28 -30 se specifica:

„Scrisoare de omologare EMVCo - Terminal Nivel 1: 16558 0719 260 26b 26b CETI Evaluare prin testare Nivelul 2. TTAS-INGE190701 -FIE-1908-T041"

Prin urmare comisia a constatat că produsul ofertat nu este nici în faza de certificare, nici în faza de omologare EMV Level 2 (acesta fiind în faza de testare) și nici nu se află înregistrat pe site-ul ...în procedură de omologare. Această înregistrare ar fi putut face dovada susținerilor contestatorului din momentul elaborării ofertei tehnice.

În probațiune, autoritatea contractantă depune dosarul achiziției.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..... a inițiat o licitație deschisă în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect ..... prin publicarea, în SICAP, a anunțului de participare nr. ..... Valoarea estimată a acordului-cadru este de .... lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire este „...".

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată ..... prin adresa nr. ...., în care se arată că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 143 alin. (3) lit. a) din HG nr. 394/2016, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, și ca inacceptabilă, conform art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, deoarece, clarificările/completările transmise nu sunt concludente. În adresă, autoritatea contractantă expune pe larg motivele care au determinat luarea deciziei de respingere.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față (consemnând cauțiunea în valoare de ... lei cu recipisa nr. ..., emisă de ...., solicitând:

- anularea comunicării rezultatului procedurii nr. ...., a raportului procedurii nr. .. și, după caz, a oricărei alte comunicări ori a oricărui alt act emis în cadrul procedurii care consemnează rezultatul evaluării ofertei .....;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei, pe baza criteriilor de atribuire, a factorilor de evaluare prevăzuți în documentația de atribuire, cu respectarea prevederilor legale aplicabile.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta ....., Consiliul reține că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii, un prim motiv al măsurii de respingere a constat în faptul că oferta depusă nu respectă valorile temperaturilor de funcționare și de stocare cerute pentru validator, consola bord, terminal de plată.

Astfel, în caietul de sarcini, autoritatea a inserat și următoarea cerință:

„Cerințe tehnice generale ale echipamentelor imbarcate – validatoare și consola bord, dar fara sa fie limitate la acestea:

- (...)

- temperatura de functionare: -25°C ÷ +60°C;

- temperatura de stocare: -30°C ÷ +70°C.”

In oferta ....., sectiunea „Formular de propunere tehnica – ....”, pagina 51, societatea a mentionat:

„Validatoarele și consola/computerul de bord ....., care este deja utilizat de catre beneficiar, au urmatoarele caracteristici:

- (...)

- temperatura de functionare: -25°C ÷ +60°C;

- temperatura de stocare: -30°C ÷ +70°C.”

Tot în oferta ....., se regăsește și certificatul de conformitate al produsului ....., fabricat de ....., în anexa căruia, conținând elemente de identificare a produsului, se regăsește și specificația *„Domeniul de temperatura: functionare -33°C ... +70°C; depozitare -40°C ... +75°C.”*

În oferta sa, societatea a cuprins și broșuri cu date tehnice, în care se regăsesc următoarele specificații:

- validator ....: temperatura funcționare -20°C ... +60°C; temperatura depozitare -40°C ... +60°C;

- computer de bord: temperatura funcționare -20°C ... +60°C; temperatura depozitare -40°C ... +60°C;

- terminal de plată iUC160B: temperatura funcționare -20°C to +70°C; temperatura depozitare -20°C to +70°C;

- terminal de plată UPT 1000: temperatura funcționare -20°C to +65°C; temperatura depozitare -40°C to +70°C.

Văzând informațiile din oferta prezentată de ....., cu privire la validatoare, consolă bord, respectiv neconcordanta dintre valorile de temperatură înscrise în formularul de ofertă și în certificatul de conformitate al produsului „.....”, și cele înscrise în broșurile tehnice, Consiliul stabilește că îi revenea autorității contractante sarcina de a se

edifica asupra informațiilor corecte pe care trebuia să le ia în considerare în stabilirea conformității ofertei.

Astfel, potrivit art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016, *"Comisia de evaluare va stabili termenul- limită în funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte."* De asemenea, dispozitia de la art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 stabileste ca *"În cazul în care informaţiile 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 ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor/solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei."*

Drept urmare, autoritatea contractantă deținea și instrumentele legale pentru a lămuri conținutul ofertei ..... în ceea ce privește cele două produse, cu atât mai mult cu cât, în secțiunea dedicată corespondenței cu cerințele caietului de sarcini, valorile de temperatură înscrise răspund cerinței autorității contractante.

În atari condiții, Consiliul reține că, în exercitarea atribuțiilor conferite de legiuitor, membrii comisiei de evaluare sunt ținuți să efectueze o analiză riguroasă a ofertelor primite în cadrul procedurii, modul de desfășurare al procesului de analizare fiind necesar să rezulte în mod clar din documentele întocmite de aceștia.

Consiliul reține că, potrivit dispozițiilor art. 139 din HG nr. 394/2016, comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică (alin. 1), iar propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini (alin. 2).

Evident că o astfel de verificare trebuie să fie reală și temeinică, or, din actele emise în aplicarea procedurii și depuse la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, nu rezultă îndeplinirea acestei obligații a comisiei de evaluare, cu atât mai mult cu cât, din conținutul ofertei analizate reiese că o astfel de verificare era necesară.

Este de notorietate că evaluarea ofertelor depuse într-o procedură de achiziție publică reprezintă o activitate complexă a comisiei de evaluare care este ținută la a se edifica pe deplin, atât ca urmare a analizării ofertelor, cât și ca urmare a eventualelor solicitări de clarificări cerute autoarelor acestora, asupra caracterului admisibil al ofertelor, respectiv asupra modului în care acestea răspund întru-totul necesităților de achiziție ale autorității contractante, așa cum sunt descrise în documentația de atribuire. Evaluarea ofertelor nu este un proces formal, în care, eventual, comisia de evaluare constată existența ofertelor, fără a face o analiză temeinică a conținutului acestora. Or, în cauza aflata în

soluționare, tocmai derularea unei asemenea verificări temeinice a propunerii tehnice aparținând contestatoarei nu a fost realizata, cu atât mai mult cu cât necesitatea acestei verificări se impune cu forța evidenței din motivele de respingere expuse în adresa contestata.

Or, pe lângă încălcările legale amintite, Consiliul are în vedere și necesitatea respectării de către autoritate a principiilor transparenței și asumării răspunderii. Astfel, procesul de evaluare a ofertelor, alături de rigurozitate și legalitate trebuie să fie și transparent, respectiv să poată fi facil verificată respectarea drepturilor și obligațiilor părților angrenate în procesul de achiziție publică. Or, prin lipsa a unei veritabile verificări și evaluării a propunerii tehnice a societății, autoritatea contractantă nu asigură tocmai acest caracter transparent al activității sale.

În această idee, Consiliul nu identifică în adresa de comunicare a rezultatului procedurii către ..... motivele pentru care autoritatea contractantă a înțeles să își bazeze decizia de respingere pe baza unor informații tehnice din broșuri de prezentare a produsului (documente cu caracter comercial), fără a lua în considerare sau a preciza de ce a ales să ignore informațiile pe care societatea și le-a asumat semnând formularul de propunere tehnică, parte a ofertei.

Alături de considerentele expuse, Consiliul reține dispozițiile art. 140 și 141 din HG nr. 394/2016, care reglementează instituția clarificării/completării ofertei, respectiv condițiile în care aceasta trebuie realizată și limitele până la care se poate interveni asupra ofertelor inițial depuse ca urmare a clarificării/completării cerute de autoritatea contractantă.

Consiliul nu va reține în soluționare considerentele autorității, din punctul de vedere la contestație, conform cărora ofertanta nu a indicat în oferta care parte a acesteia reprezintă informații publicitare, certitudinea de neconformitate a ofertei rezultând din documentele prezentate de ofertant. Or, în privința validatorului și a consolei de bord, tocmai de certitudine nu poate fi vorba în ceea ce privește temperaturile de funcționare și de depozitare, câtă vreme valorile din broșuri și cele din formularul de propunere tehnica și din certificatul de conformitate (pentru validator) nu sunt aceleași. O astfel de situație faptică ar fi trebuit sa aibă o singura consecință, respectiv pe aceea de a determina comisia de evaluare să ceară societății să explice neconcordanța din ofertă.

Așa cum se observa din textul art. 140 alin. (1) din HG nr. 394/2016, legiuitorul a reținut în sarcina comisiei de evaluare, în mod imperativ, faptul ca aceasta *„va stabili termenul- limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte.”*, situație în care conduita stabilită de lege nu reprezintă o opțiune a comisiei de evaluare, ci o obligație care trebuie îndeplinită.

Este de interes a se reține aici și faptul că întreaga reglementare a domeniului achizițiilor publice și a celor sectoriale, cu toate drepturile și

obligațiile prevăzute părților implicate în acest proces, au ca prim scop asigurarea respectării principiilor statuate la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, principii printre care se regăsește și acela al proporționalității, înțeles ca fiind egala măsură între ceea ce se cere și ceea ce se oferă, respectiv între ceea ce se face și cum se sancționează.

Pe de altă parte, nu se poate reține în speță ipoteza avută în vedere de legiuitor prin textul art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 *("Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.")*, deoarece exercitarea unui drept prevăzut de lege (art. 221 alin. 1 din lege) și îndeplinirea unei obligații legale (art. 140 alin. 1 din HG nr. 394/2016) nu pot fi apreciate chiar de legiuitor ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant. Ipoteza prevăzută la art. 221 alin. (2) din lege intervine în momentul în care exercitarea de către autoritatea contractantă a dreptului său se realizează cu încălcarea a ceea ce este adecvat și cu atingerea principiilor tratamentului egal, transparenței și chiar proporționalității.

În ceea ce privește temperaturile de funcționare și stocare ale terminalului de plată, Consiliul constată că aceasta nu a fost cerută explicit a fi cuprinsă în ofertă, exprimarea autorității din caietul de sarcini (*„Cerinte tehnice generale ale echipamentelor imbarcate – validatoare și consola bord, dar fara sa fie limitate la acestea: [...])* nefiind edificatoare în privința echipamentelor (altele decât validatoare și consola bord) pentru care trebuie menționată în ofertă valoarea temperaturii celor două repere.

În altă ordine de idei, Consiliul observă mențiunea contestatoarei potrivit căreia, din punct de vedere tehnic, terminalul de plata ... 160B este o parte componentă a validatorului, care se montează în interiorul acestuia, situația în care temperaturile de funcționare și stocare ale validatorului sunt comune și terminalului de plată ....

Și în privința acestor două elemente, cu privire la care, abia cu ocazia evaluării, autoritatea menționează că le erau aplicabile condițiile de temperatură din caietul de sarcini, Consiliul retine că era necesară clarificarea lor cu ofertanta, cu atât mai mult cu cât caietul de sarcini a fost exprimat în așa fel, în privința acestei chestiuni, încât era facilă eroarea neintenționată a oricărui ofertant.

În analiza sa, Consiliul reține că dispozițiile art. 129 alin. (1) din HG nr. 394/2016, instituie în sarcina ofertantului obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire. Drept urmare, documentația de atribuire are forță obligatorie pentru orice operator economic angajat în procesul competițional, forță consolidată prin neatacarea ei în termenul legal, astfel încât nu se poate accepta nicio derogare de la prescripțiile autorității contractante care să nu fie sancționată potrivit legii. Însă, în egală măsură, documentația de

atribuire, conținând *„orice cerință, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”* (potrivit art. 22 alin. 2 din HG nr. 394/2016), are caracter obligatoriu și pentru autoritatea contractantă care, în evaluarea ofertelor și stabilirea admisibilității acestora, este ținută la a respecta propriile reguli din documentația de atribuire. Limitarea la examinarea ofertelor raportat exclusiv la cerințele documentației este impusă și de asigurarea respectării principiului transparenței, consacrat la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016. Astfel, în condițiile în care întreaga conduită a ofertanților s-a bazat pe informațiile și regulile arătate în documentația de atribuire, în respectarea principiului transparenței, evaluarea ofertelor trebuie realizată raportat la aceeași documentație de atribuire, fără adăugarea de noi condiții și reguli, pe care autorii ofertelor nu le-au cunoscut încă de la momentul luării deciziei de implicare în procedura de achiziție publică, ori fără ignorarea unora dintre cele stabilite inițial.

Drept urmare, Consiliul constată că, și în privința acestei chestiuni tehnice, autoritatea contractantă putea și trebuia, înainte de luarea unei decizii pe baza unor broșuri descriptive ale echipamentelor, să obțină de la autoarea ofertei informații si/sau documente care sa o edifice în privința ne/conformității acesteia.

Cât privește întinderea și complexitatea unei posibile intervenții ulterioare a ofertantei asupra propunerii sale tehnice, prin intermediul clarificării acesteia la cererea autorității contractante, Consiliul reține dispozițiile exprese ale art. 140 alin. (6) – (9) coroborate cu cele ale art. 141 din HG nr. 394/2016.

Un alt motiv pentru care oferta ..... a fost respinsă constă în pretinsa neîndeplinire a cerinței de prezentare a draft-ului de contract cadru al băncii propuse.

Verificând argumentul autorității, Consiliul observă că, în caietul de sarcini, pagina 46, se regăsește următoarea cerință:

„Baza de calcul a procentului de comision de maxim 0,7% se va aplica la suma tranzactionata și va fi fixa pe durata contractului incheiat cu autoritatea contractanta și banca comerciala. Astfel, ofertantul va prezenta urmatoarele documente, din partea bancii pe care ne-o propune:

- oferta de cash management personalizata pentru ..... Constanta;

- draft contract cadru al bancii.”

În vederea îndeplinirii ei, ... a prezentat în ofertă următoarele documente:

- contract de colaborare încheiat între ..... – ofertant și .. – partener, având ca obiect colaborarea în vederea participării la procedura organizată de autoritatea contractantă în vederea atribuirii contractului de achiziție ...;

- documente ale .....: chestionar cunoaștere a clientelei; notificare privind protecția datelor cu caracter personal; delegație; cerere contract cont curent; condiții generale de afaceri;

- oferta .....de colaborare personalizată pentru beneficiar ..... Constanța;

- oferta specială .....de produse și servicii bancare adresată angajaților ..... Constanța;

- oferta standard .....taxe și comisioane corporate.

Raportat la oferta prezentată de ....., prin adresa nr. 4377 din 31.03.2020, autoritatea a cerut societății să prezinte draft contract cadru al băncii în condițiile caietului de sarcini.

Societatea a răspuns prin adresa nr. ...., precizând următoarele:

„Analizand cerinţele caietului de sarcini, va comunicam ca documentele aferente din partea băncii partenere OTP Bank, inaintate cu ocazia depunerii ofertei ....., respectiv cererea pentru deschiderea de cont și condiţiile generale de afaceri, reprezintă documentele de baza referitoare la draftul contract cadru al băncii partenere OTP Bank.

Banca partenera .....nu are un contract - cadru al băncii care sa înglobeze toate produsele și serviciile ofertate de aceasta prin oferta de Cash Management personalizata pentru .....(nu cunoaştem sa existe vreo banca care sa aiba un astfel de contract cadru). în cazul în care oferta ..... va fi declarata castigatoare, ...are dreptul sa opteze pentru activarea oricaruia/oricarora dintre produsele și serviciile incluse în oferta de cash management personalizata de banca partenera ... (pentru ...), deja depusa. în acest caz banca partenera ... va putea pregăti documentele contractule aferente produselor/serviciilor pentru care opteaza .....

In condiţiile în care preţul pentru tranzacţiile POS a reprezentat condiţie eliminatorie în cadrul licitatiei, putând fi considerat serviciul principal care va fi asigurat de banca partenera .., ataşam draftul de contract - cadru pentru acest serviciu de acceptare cârduri, în completare la documentele inaintate iniţial, cu ocazia depunerii ofertei ..... Va rugam sa gasiti ataşat prezentei adrese de răspuns, ANEXA 4 - draft contract cadru al băncii partenere .....pentru acceptare carduri.

In ceea ce priveşte colectarea de numerar, de la casierie .....și din locaţii de vanzare .....deservite de operator uman, va comunicam ca banca partenera .....asigura aceste servicii prin intermediul unui furnizor extern de servicii specializat în procesare și transport valori, la nivelul regiunii Constanta, acesta fiind ....., firma specializata și avizata pentru transport valori, existând și poliţa de asigurare pentru bunurile transportate."

Primind explicațiile ofertantei, în raportul procedurii nr. ..., întocmit de comisia de evaluare la finalizarea activității sale, s-a consemnat:

„Desi initial comisia a acceptat explicatia, în urma reevaluarii ofertei conditia minima nu se poate considera indeplinita, deoarece banca partenera avea toate datele pentru a intocmi draftul de contract complet urmand ca ..... sa precizeze daca conditiile prevazute în acesta se vor aplica în totalitate sau partila (draft-ul contract cadru al bancii partenere .....pentru acceptare carduri sartisfacand numai în parte solicitarea caietului de sarcini).”

Analizând aspectele de fapt ale spetei, Consiliul constată că, după primirea documentelor și explicațiilor ofertantei, deși inițial a considerat concludent răspunsul ..... referitor la aspectul discutat, ulterior, reevaluând oferta (fără a fi expus motivul acestei reevaluări), s-a considerat că cerința nu poate fi îndeplinită, conform mențiunilor citate din raportul procedurii.

Ca un prim aspect, Consiliul constată că, deși prin adresa nr. .... autoritatea a cerut societății să prezinte draft contract cadru al băncii, iar aceasta, anexat răspunsului său, a prezentat acest act, în raportul procedurii nu se menționează nimic despre el și nici despre motivul pentru care comisia de evaluare nu l-a luat în considerare.

Pe de altă parte, Consiliul observă că societatea contestatoare a depus o serie de documente emise de banca parteneră, inclusiv o ofertă a băncii, de colaborare personalizată, pentru beneficiar ..... Constanța, iar autoritatea contractantă nu a făcut nicio referire la aceste acte și la informațiile din cuprinsul lor, definitoriu pentru ea fiind draft-ul de contract cadru al băncii, act ce cuprinde condițiile pe care emitentul le dorește aplicabile relației contractuale viitoare, respectiv același tip de informații ce sunt transmise și printr-o ofertă de colaborare din partea băncii.

Evaluarea unei oferte are ca scop și edificarea autorității contractante cu privire la satisfacerea nevoii sale de achiziție, atât la nivel cantitativ, cât și calitativ. Or, respingerea unei oferte pe considerentul neprezentării unui document expres indicat în caietul de sarcini (dar și depus ca atare, ca urmare a solicitării de completare transmisă de autoritate ofertantei), în condițiile în care informațiile din el au fost comunicate autorității prin intermediul unor alte tipuri de acte emise de aceeași persoană juridică ce ar fi trebuit să emită și draftul cerut prin caietul de sarcini, reprezintă o măsura disproporționate. Astfel, respingerea ofertei pentru neprezentarea informațiilor într-un anume format, în condițiile în care ele au fost, totuși, comunicate autorității contractante, nu își regăsește justificarea în dispozițiile legale din domeniul achizițiilor sectoriale.

Considerentele de mai sus sunt evocate de Consiliu față de motivarea autorității de respingere a ofertei pentru acest subiect, însă definitoriu pentru speță este faptul ca ..... a prezentat draft-ul de contract al băncii partenere, ca urmare a solicitării exprese a autorității în acest sens. Alături de faptul că însăși autoritatea i-a cerut depunerea acestui act pe calea clarificărilor, Consiliul reține că nu se poate susține că această completare ar fi una de nepermis, în condițiile în care

informațiile din acest act sunt cele pe care banca le-a cuprins în documentele prezentate inițial de către ....., fiind aplicabile textele coroborate ale art. 140 alin. (6) lit. a) și art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016.

În contextul expus, Consiliul stabilește nelegala respingere a ofertei ..... pentru acest motiv.

Un alt reper al respingerii ofertei analizate a constat în pretinsa neîndeplinire a cerinței din caietul de sarcini conform căreia modulul de plată neasistat, EMV, trebuie să aibă dublă certificare, respectiv să fie certificat ...., precum și de banca parteneră a furnizorului (dovada urmând a fi făcută cu documente valabile la data deschiderii oferte, sau, după caz, prin acte care probează începerea procesului de certificare, dar cu asumarea pe propria răspundere a băncii, a unei date limita a încheierii acestui proces, data care nu va putea fi ulterioară datei la care se va semna acordul-cadru cu ofertantul câștigător).

Raportat la oferta prezentată de ....., prin adresa nr. ...., autoritatea a cerut societății să prezinte dovada începerii procesului de certificare pentru terminalele de plăti neasistate .. – conform cerințelor caietului de sarcini.

Societatea a răspuns prin adresa nr. ...., precizând că se regăsește atașat anexa 3 care include dovada începerii procesului de certificare pentru terminalele de plăti neasistate ..... În anexa 3 indicată de ofertantă, Consiliul identifică un document emis de .....către ... SA prin care i se comunică acordul băncii și comanda fermă a acesteia privind demararea proiectelor de certificare pentru terminalele POS ... ce urmează a fi utilizate inclusiv în proiecte de tip „Tranzit” (acceptare carduri în mijloacele de transport în comun) cu organizațiile de carduri ..., începând cu data de .., în conformitate cu oferta ...transmisă către .....Romania în data de ....

Prin adresa nr. ...., autoritatea contractantă a revenit și a cerut ..... să prezinte dubla certificare a modulului de plata ..., la nivelul 2, atât de către .., cât și de către banca parteneră.

Societatea a răspuns prin adresa nr..., aducând o serie de precizări cu privire la cererea autorității.

Potrivit raportului procedurii, referitor la primul răspuns, comisia de evaluare a reținut ca societatea nu a prezentat acordul și comanda ferme privind demararea proiectelor de certificare, despre care ..... ar fi menționat că le transmite atașat. Referitor la această mențiune, Consiliul observă că, în răspunsul său din adresa nr. ..., ... a precizat că transmite „dovada începerii procesului de certificare pentru terminalele de plăți neasistate ..” (așa cum s-a permis prin caietul de sarcini), această dovadă fiind reprezentată de documentul emis de .....către ... prin care i se comunică acordul băncii și comanda fermă a acesteia privind demararea proiectelor de certificare pentru terminalele ..... Consiliul observă că acest din urmă document reprezintă prin sine

însuși acordul băncii și comanda fermă a acesteia către ... în vederea certificării arătate. În concluzie, Consiliul observă că aspectul reținut de comisia de evaluare nu are nicio legătură cu actele și mențiunile societății ofertante.

Cu privire la al doilea răspuns al ....., în raportul procedurii s-a consemnat ca ofertanta a menționat că terminalul de plată .. este certificat EMV level 2, dar fără să atașeze niciun document relevant în acest sens.

Așa cum precizează ..... în contestația sa, în anexa la răspunsul ei de la punctul 1 la adresa autorității contractante nr. ..., a prezentat dovada certificării echipamentului ... pentru nivelele 1 și 2.

Drept urmare, Consiliul observă că autoritatea se afla în posesia informațiilor despre care pretinde că nu i-ar fi fost prezentate prin răspunsurile societății. Abia cu ocazia exprimării punctului de vedere la contestație, autoritatea contractanta precizează că pentru nivelul 2 terminalul nu este nici în faza de certificare și nici în cea de omologare, ci doar a fost evaluat prin testare, însă mențiunea nu este o concluzie a comisiei de evaluare, cuprinsă în raportul procedurii și nici nu a fost comunicată societății prin adresa de transmitere legală a rezultatului procedurii, astfel încât să poată fi reținută de Consiliu ca reprezentând cauza de respingere a ofertei.

Nu se regăsesc nici în raportul procedurii și nici în adresa de comunicare a rezultatului mențiuni ale autorității contractante cu privire la explicațiile pe care societatea contestatoare i le-a furnizat prin răspunsul său din adresa nr. ....

Observând contextul descris mai sus, Consiliul constată că evaluarea ofertei ....., pentru aspectul certificării terminalului de plată, a fost realizată cu superficialitate, neputând fi validată legalitatea ei.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) 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 şi funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ..... și să anuleze actele autorității referitoare la respingerea ofertei sale, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

În baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei prezente, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusa de ....., să elaboreze un nou raport al procedurii și să transmită noi comunicări ale rezultatului acesteia.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de ..... în contradictoriu cu .....

Anulează actele autorității referitoare la respingerea ofertei ....., precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 20 de zile de la primirea deciziei prezente, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare, să reanalizeze oferta depusă de ....., să elaboreze un nou raport al procedurii și să transmită noi comunicări ale rezultatului acesteia.

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 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.