



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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. 547/C3/312

Data: 03.04.2020

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 7120/24.02.2020, înaintată de, cu sediul în, str., județul, având adresa de corespondență în, înregistrată în registrul comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin – administrator și convențional prin avocat, formulată împotriva răspunsului la o solicitare de clarificări, publicat în 07.02.2020 de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în procedura licitație deschisă organizată în vederea atribuirii, pe trei loturi, a unui contract de „Furnizare de ambarcațiuni medicalizate de urgență - tip ambulanță pentru, inițiată cu anunț de participare nr. CN1017976, publicat în SEAP la 31.12.2019, s-a solicitat:

- „în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 55 alin. (2) lit. a) și b) din Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016, anularea în parte a modificării documentației de atribuire realizate prin răspunsul la solicitarea de clarificări din 07.02.2020, în sensul eliminării mențiunii introduse cu privire la includerea clasei de proiectare C a ambarcațiunilor, întrucât afectează major rezultatul procedurii de atribuire și distorsionează într-o măsură semnificativă concurența pe piață;

- obligarea autorității contractante la extinderea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 10 zile, ulterior eliminării clasei de proiectare C a ambarcațiunilor;

- obligarea autorității contractante la adresarea unui răspuns față de solicitarea noastră de clarificări din data de 13.02.2020;

- în subsidiar, în temeiul art. 26 alin. (2) lit. a) și b) din Legea nr. 101/2016, coroborat cu prevederile art. 55 alin. (2) lit. a) și b) din

Normele Metodologice ale Legii nr. 98/2016, anularea procedurii de atribuire;

- în toate cazurile, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată”.

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

Prin contestația FN (fără număr de înregistrare la emitent), înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 7120/24.02.2020, ... atacă răspunsul la solicitarea de clarificări, publicat în 07.02.2020 de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire mai sus amintite, considerând abuzivă conduita acesteia din urmă de a modifica substanțial documentația de atribuire, cu doar 13 zile anterior datei limită de depunere a ofertelor (și fără publicarea unei erate), în sensul acceptării și a categoriei de proiectare C pentru ambarcațiuni, inferioare categoriei inițial impuse, precum și modificarea tipului de ambarcațiuni din „patrulare și inspecție plus ambulanță” în „ambulanță”, fapt ce scade, semnificativ, standardul de proiectare și capacitățile de execuție a misiunilor de urgență de către ambarcațiuni, dar și distorsionează concurența.

Față de modificarea substanțială a documentației de atribuire (prin răspunsul din 07.02.2020), contestatoarea arată că au devenit necesare unele clarificări, motiv pentru care a înaintat autorității contractante, în 13.02.2020, o adresă în acest sens, solicitare la care aceasta din urmă are obligația de a răspunde.

Contestatoarea reclamă, pe de o parte, faptul că autoritatea contractantă nu a publicat o erată, obligație legală expresă. În acest sens, contestatoarea invocă practica Consiliului, dar și a CJUE.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că sunt îndeplinite condițiile de la lit. a) a art. 55 din Normele metodologice, precizând că modificarea categoriei proiectării ambarcațiunii, în sensul perimterii și a categoriei C, afectează într-o manieră flagrantă și incommensurabilă nivelul de competiție, prin aceea că ambarcațiunile din categoria de proiectare C sunt mult mai facil de fabricat/certificat și au un preț cu mult mai scăzut.

Mai mult, la momentul acestei modificări, arată contestatoarea, avea aproape finalizat proiectul și oferta, în premisele inițiale și nu mai exista timpul realmente necesar identificării unui alt producător pentru un produs categoria C, proiectării și ofertării complexe, pentru care inițial fuseseră acordate 50 de zile.

Or, această abordare reprezintă un avantaj imens concurențial pentru operatorul economic care a adresat întrebarea și care a pregătit oferta tehnică, desigur, cu ambarcațiunile având categoria de proiectare C, încă de la început, în timp ce toți ceilalți ofertanți au pierdut 37 de zile

pentru a oferta un produs mult mai scump și cu standarde total diferite de exigență.

Deși nu este o modificare în sensul înlăturării cerinței de proiectare B, în fapt, includerea categoriei de proiectare C reprezintă o golire de conținut a oricărei minime concurențe în cadrul procedurii de atribuire: orice ofertant dintre cei care au produsul proiectat pe categoria B nici măcar nu se vor putea apropia de ofertantul care a întocmit oferta în considerarea categoriei de proiectare C.

De asemenea, ipoteza de la lit. b) a art. 53 este pe deplin îndeplinită, deoarece extinderea și introducerea unui nou criteriu de calificare, categoria de proiectare C, afectează într-o manieră fățișă, ce rezultă dincolo de orice minimă îndoială, operatorul economic care a pregătit oferta în considerarea categoriei de proiectare B, în avantajul celui care a pregătit nou-acceptata categorie de proiectare C.

Ipoteza de față poate fi exemplificată, pentru o ușoară înțelegere, în cadrul oricărui alt echipament ori produs, după cum ar fi cazul unei proceduri de atribuire ce ar prevedea - prin analogie cu ambarcațiunile vizate, obligația de a oferta un autovehicul de teren cu tracțiune integrală, iar în mod intempestiv autoritatea modifică documentația, în sensul că pot fi ofertate și autovehicule de șosea cu tracțiune față - cu diferența agravantă de esență, că aceste ambarcațiuni sunt un produs extrem de complex, nu un produs de serie, trebuie proiectate și configurate față de o specificație excesiv de detaliată a autorității și trebuie prezentat și proiectul - aspecte obligatorii și eliminatorii, iar modificarea ofertei și identificarea unui producător, care să proiecteze și să oferteze ambarcațiunile la categoria de proiectare C, necesită o alocare de timp semnificativă - termenul de 13 zile rămas, până la ofertare, fiind absolut imposibil, în acest sens.

În opinia contestatoarei, ofertantul ce a adresat întrebarea, în mod cert, deține deja oferta realizată pe categoria de proiectare C, iar prin răspunsul formulat, autoritatea contractantă tocmai a transformat oferta lui din neconformă, în ofertă conformă, al cărei preț este imbatabil - desigur, lăsând toți ceilalți ofertanți în imposibilitatea practică de a-și modifica oferta, în același sens, având în vedere intervalul de timp la dispoziția lor.

Pentru a demonstra caracterul artificial și nelegal al modificării, contestatoarea prezintă prevederile art. 69 din Ordinul nr. 1079/2014 al Ministerului Transportului, ce definesc categoriile de proiectare:

a) categoria de proiectare A - ambarcațiuni de agrement pentru navigația nelimitată, proiectate pentru a efectua voiaje nelimitate, pe parcursul cărora vântul poate depăși forța 8 pe scara Beaufort și înălțimea valurilor poate depăși 4 m, excluzând totuși situațiile extreme;

b) categoria de proiectare B - ambarcațiuni de agrement pentru navigația maritimă până la 50 Mm de la linia de coastă spre larg, proiectate pentru voiaje în largul coastelor, în condiții în care vântul

poate atinge forța 8 inclusiv pe scara Beaufort și valurile pot avea o înălțime de până la 4 m inclusiv;

c) categoria de proiectare C - ambarcațiuni de agrement pentru navigația maritimă până la 6 Mm de la linia de coastă spre larg, proiectate pentru voiaje în apropierea coastelor, în golfuri mari, estuare, lacuri și fluvii, în condiții în care vântul poate atinge forța 6 inclusiv pe scara Beaufort și valurile pot avea o înălțime de până la 2 m inclusiv;

d) categoria de proiectare D - ambarcațiuni de agrement pentru navigația pe căile navigabile interioare, în golfuri protejate, pe lacuri mici, râuri și canale, în condiții în care vântul poate atinge forța 4 pe scara Beaufort și valurile pot avea o înălțime de până la 0,3 m inclusiv, cu valuri ocazionale cu o înălțime maximă de 0,5 m.

Or, rezultă din aceste prevederi nu numai standardul de exigență extrem de scăzut al categoriei de proiectare C, dar și faptul că includerea categoriei de proiectare C în documentația inițială ar fi fost nelegală și absolut inoportună în raport cu prevederile caietului de sarcini referitoare la executarea misiunilor de salvare în cadrul Mării Negre.

Astfel, este de esența unei misiuni de salvare ca aceasta să devină necesară, mai ales în condiții de vreme nefavorabilă, cu valuri de 3-4 m; or categoria de proiectare C acoperă valuri de până la 2 m, ar fi total neadecvată, pentru astfel de misiuni.

Sub acest aspect, este irrelevant că ambarcațiunile din categoria de proiectare C pot naviga în zona costieră, câtă vreme nu pot executa nicio misiune de salvare în condiții de vreme nefavorabilă - este de notorietate faptul că în condiții de vreme nefavorabilă, pe mare, valurile depășesc cel mai adesea 2 m chiar și în zona costieră.

Nu în ultimul rând, contestatoarea arată că, prin această modificare, a fost exercitată o vădita limitare a accesului liber la procedură și a liberei concurențe, față de împrejurarea că, la termenul publicării procedurii, un agent economic care avea în portofoliu ambarcațiuni de categorie de proiectare C, dar nu avea pe cele de categorie B cerute, în mod evident ar fi considerat că nu deține produsul solicitat și nu ar fi întreprins niciun demers pentru a oferta, ba chiar nici nu ar mai fi acordat atenție anunțului în viitor, știind că nu îi este accesibil produsul cerut.

Or, în condițiile în care, cu doar 13 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, autoritatea contractantă face loc și unui ofertant de ambarcațiuni de categoria C, nici alți ofertanți de ambarcațiuni de categoria C nu mai au, practic, cum să afle de această modificare - pentru ei procedura fiind considerată neaccesibilă, de la inițiere, dar nici măcar cei care aveau ofertele în pregătire nu își mai pot modifica propunerile, cu produse competitive.

Prin urmare, reclamă contestatoarea, în fapt, autoritatea contractantă a permis inserarea artificială a unei condiții ce oricum ar fi fost nelegală încă de la publicarea documentației de atribuire.

Pentru toate argumentele expuse, atât din perspectiva nelegalității modificărilor aduse documentației de atribuire, cât și din perspectiva necesităților de clarificare, contestatoarea solicită Consiliului să admită prezenta contestație, astfel cum a fost formulată și să oblige autoritatea contractantă la plata cheltuielilor de judecată.

Ulterior, la solicitarea Consiliului, prin adresa nr. 104/27.02.2020, înregistrată la CNSC sub nr. a depus recipisa de consemnare a cauțiunii, în cuantum de 220.000 lei, precizând că aceasta acoperă contestația aferentă tuturor celor trei loturi.

În susținerea afirmației sale, contestatoarea arată, pe de o parte, că dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 reglementează, extrem de clar, principiul „un singur contract, o singură cauțiune”.

În primul rând, și dincolo de faptul că OUG nr. 23/2020 nu produce efecte asupra procedurilor aflate în derulare la data intrării în vigoare (13 februarie 2020), autoritatea contractantă a subliniat foarte clar, în cuprinsul caietului de sarcini și în cuprinsul răspunsului la solicitarea de clarificări din 07.02.2020, faptul că „se va semna un singur contract pentru toate cele trei loturi, cu un singur operator economic”.

Or, într-o astfel de situație, în care se va încheia un singur contract cu un singur operator economic, iar valoarea estimată a acestuia este de 24 mil lei, în mod clar valoarea cauțiunii va fi calculată exclusiv la valoarea estimată a întregului contract.

Faptul că prezenta procedură este împărțită pe loturi nu are înțelesul atribuit de obicei de către autorități, adică al posibilității de a participa numai la unele dintre loturi și de a se adjudeca diferite loturi, în funcție de ofertele primite pentru fiecare lot în parte. Astfel că, împărțirea pe loturi nu are impact cu privire la stabilirea cauțiunii, deoarece regula principală este determinarea cauțiunii în funcție de valoarea estimată a „contractului”. Prin urmare, chiar dacă ar fi aplicabile dispozițiile OUG nr. 23/2020 cu privire la achitarea cauțiunii pentru fiecare lot, acestea ar fi aplicabile, exclusiv, în varianta în care ar exista posibilitatea încheierii unor contracte pentru fiecare lot, adică a valorii estimate a „contractelor”.

Prin referință la stabilirea cauțiunii în raport de valoarea estimată a contractului, legiuitorul a avut în vedere, în mod cert, stabilirea unei cuantificări a numărului cauțiunilor în funcție de numărul contractelor, fiind de neacceptat ca numărul cauțiunilor să fie superior numărului contractelor ce urmează să fie încheiate, deoarece s-ar denatura chiar esența criteriului de referință - valoarea estimată a contractului.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că dispozițiile OUG nr. 23/2020 nu sunt aplicabile prezentei proceduri de atribuire, aceasta fiind inițiată la 31.12.2020, anterior datei intrării în vigoare (12.02.20120) a ordonanței de urgență amintite.

În acest sens, contestatoarea invocă dispozițiile art. XI din OUG nr. 23/2020, concluzionând că procedurile de atribuire urmează să se

desfășoare după prevederile Legii nr. 101/2016 în vigoare la data inițierii procedurilor, ce nu prevedeau separarea cauțiunii pe loturi decât în cazul în care se putea oferta și contracta pentru oricare dintre loturi, separat, caz în care cauțiunea era calculată la valoarea lotului la care se referea contestația.

Textul de lege invocat nu ar putea fi interpretat în sensul că în privința „litigiilor și contestațiilor” se aplică, exclusiv, dispozițiile în vigoare de la data inițierii procedurii contencioase, deoarece cele două alineate au un scop eminamente distinct:

(i) alineatul 1 guvernează legea aplicabilă derulării întregii proceduri de atribuire - ce cuprinde inclusiv accesul la justiție - orice anunț de participare (inclusiv cel de față) prevede dreptul de a contesta deciziile autorității;

(ii) alineatul 3 guvernează legea aplicabilă contestațiilor și litigiilor, ce se pot derula inclusiv după finalizarea procedurii de atribuire;

(iii) prin urmare, cele două alineate nu se exclud și au sfere de aplicare diferite.

O interpretare contrară ar înfrânge nepermis principiul previzibilității legii și al accesului la justiție, dat fiind că orice operator economic, mai ales în cazul unei proceduri cu o valoare însemnată, își previzionează bugetul cheltuielilor aferente participării la procedură de la momentul deciziei de a participa la respectiva procedură de atribuire – inclusiv, și mai ales principala cheltuială, și anume, consemnarea cauțiunii la dispoziția Consiliului, în cazul formulării unei contestații.

Contestatoarea susține că, în cazul unei interpretări contrare, accesul la justiție i-ar fi în mod nepermis restrâns în virtutea unei dispoziții legale intrate în vigoare la 5 zile ulterior actului contestat și cu 4 zile anterior formulării contestației, aspecte ce ar înfrânge orice, minime, deziderate ale accesului la justiție.

În măsura în care Consiliul ar considera cauțiunea depusă drept acoperind un singur lot, contestatoarea solicită ca această cauțiune să fie constituită pentru lotul 2 al procedurii, cu o valoare de 13.860.000 lei, având în vedere că argumentele sale acoperă, unitar, modificările intempestive aduse documentației de atribuire aferente tuturor celor 3 loturi și că, oricum, dacă se va admite contestația pentru lotul 2, aceasta se răsfrânge asupra întregii proceduri.

De asemenea, contestatoarea precizează că își menține toate capetele de cerere formulate prin cererea introductivă.

Prin adresa nr. 3332/12.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 10024/13.03.2020, autoritatea contractantă a transmis Consiliului punctul de vedere la contestație, prin care solicită respingerea acesteia, ca tardivă și nefondată.

În susținerea excepției invocate, autoritatea contractantă arată că acțiunea contestatoarei, deși datată în 17.02.2020, a fost transmisă în

25.02.2020, în plic închis, prin Poșta Română, data la care procedura de atribuire se afla în etapa de evaluare calificare/tehnică.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă susține că admiterea inclusiv a clasei de proiectare C nu a condus la modificarea specificațiilor tehnice solicitate la nivelul documentației de atribuire, cerințele constructive rămânând similare, deși, prin solicitarea de clarificări din data de 13.02.2020 (termenul limită pentru solicitarea clarificărilor prevăzut în anunțul de participare fiind 31.01.2020), contestatoarea solicită aplicarea unor modificări ale specificațiilor tehnice, care ar conduce către o modificare substanțială a acestora.

În fapt, arată autoritatea contractantă, însăși contestatoarea recunoaște că admiterea categoriei de proiectare C nu reprezintă o înlăturare a categoriei de proiectare B.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă arată că a formulat cerințele tehnice minime în mod obiectiv, într-o manieră corespunzătoare îndeplinirii necesității sale, prin raportare la cerințe de performanță sau cerințe funcționale.

În plus, precizează autoritatea contractantă, cerințele tehnice minime pentru proiectarea și execuția ambarcațiunilor nu au fost modificate pe parcursul derulării procedurii, drept urmare invocarea distorsionării concurenței și posibilitatea ofertării unui preț mai scăzut nu este întemeiată în condițiile în care, pentru a fi conforme, ofertele trebuie să îndeplinească cerințele tehnice minime solicitate în cadrul documentației de atribuire. Or, cerințele constructive și funcționale nu au suferit modificări, fiind similare pentru toți operatorii economici interesați.

Privitor la afirmația contestatoarei, potrivit căreia „(...) urma să concureze cu un produs superior tehnic și mai scump, solicitat inițial”, autoritatea contractantă apreciază că aceasta nu are un caracter temeinic, atât timp cât standardele de calitate solicitate au fost cunoscute de la data publicării procedurii și fără modificări până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Neîntemeiată este, în opinia autorității contractante, și afirmația contestatoarei potrivit căreia caracteristicile tehnice „au fost modificate la ambarcațiuni doar pentru ambulanță”. Or, având în vedere denumirea procedurii: „Contract de furnizare ambarcațiuni medicalizate de urgență - tip ambulanță”, denumirea capitolului V „Caracteristici tehnice - lot 1 - Ambarcațiune Ambulanță Tip B1”, precum și denumirea capitolului VI „Caracteristici tehnice - lot 2 - Ambarcațiune Ambulanță Tip B2”, era evident și ușor de intuit tipul de ambarcațiune solicitat.

De altfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a îndreptat, în fapt, o eroare de tehnoredactare.

În continuare, autoritatea contractantă solicită respingerea capătului de cerere ce vizează obligarea la extinderea termenului de depunere a ofertelor cu cel puțin 10 zile, ulterior eliminării clasei de

proiectare C a ambarcațiunilor, drept tardiv și fără obiect, arătând că procedura de atribuire se află în etapa de evaluare calificare/tehnică.

În plus, ținând cont de prevederile art. 55 alin. (1) din HG nr. 395/2016, exista riscul ca operatorul SEAP să nu poată procesa în timp util solicitarea de prelungire a termenului de depunere.

De altfel, autoritatea contractantă susține că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 153 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și nici cele prevăzute la art. 55 alin. (2) din HG nr. 395/2016

În mod similar, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca tardiv și fără obiect, a capătului de cerere ce vizează obligarea elaborării unui răspuns la solicitarea de clarificări din data de 13.02.2020, arătând, pe de o parte, că procedura de atribuire se află în etapa de evaluare calificare/tehnică, iar, pe de altă parte, că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 161 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, nefiind constatate, pe parcursul procedurii, erori sau omisiuni care să ducă la imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2), autoritatea contractantă solicită respingerea, ca nefondat, a capătului de cerere referitor la anularea procedurii de atribuire.

Or, prin răspunsurile la solicitările de clarificări, publicate în 07.02.2020 și 16.01.2020, autoritatea contractantă a răspuns, în mod corect și complet, tuturor nelămuririlor transmise de operatorii economici, iar prin informațiile transmise nu au fost afectate semnificativ elementele ce descriu contextul achiziției publice, care să determine schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit. Prin clarificări, nu au rezultat modificări substanțiale ale criteriilor de calificare și selecție, în sensul extinderii nivelului acestora sau al introducerii unora noi, fapt care să determine restrângerea competiției sau favorizarea unor anumiți operatori economici, și nu a fost necesară revizuirea DUAE aferent procedurii.

În acest context, autoritatea contractantă solicită respingerea și a capătului de cerere privind cheltuielile de judecată, nefiind creat vreun prejudiciu de către ea.

În replică, prin adresa nr. 137/23.03.2020, înregistrată la CNSC sub nr. 11343/23.03.2020, ... a transmis Consiliului răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care solicită respingerea apărărilor acesteia din urmă ca netemeinice, aspecte de fapt ce se regăsesc în detaliu în cuprinsul contestației.

În plus, contestatoarea face o analiză detaliată a specificațiilor tehnice aferente fiecărui lot în parte, arătând că, pe piață, există o singură barcă de serie care putea satisface specificațiile excesive ale caietului de sarcini (modelele).

Astfel, în contextul modificării documentației de atribuire, cu doar 13 zile înaintea depunerii ofertelor, contestatoarea arată că, pentru a

participa la această procedură, fie trebuiau oferite aceste produse (marca), fie trebuiau reproiectate toate cele trei bărci, pentru a răspunde specificațiilor de la categoria C.

Or, termenul rămas până la depunerea ofertelor nu permitea efectuarea unor operațiuni laborioase, de proiectare a unor bărci personalizate.

Totodată, contestatoarea precizează că, deși autoritatea contractantă încearcă să distorsioneze această modificare într-o facilitate nou-introdusă, tocmai acceptarea unei specificații de proiectare cu exigențe mult inferioare reprezintă o distorsionare mascată a concurenței.

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

..... a inițiat, la 31.12.2019, procedura licitație deschisă pentru atribuirea, pe trei loturi, a unui contract având ca obiect „Furnizare de ambarcațiuni medicalizate de urgență - tip ambulanță pentru”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. CN1017976, precum și a documentației de atribuire.

Conform anunțului de participare, valoarea totală a achiziției este de 24.000.000 lei, iar termenul limită de depunere a ofertelor a fost stabilit pentru data de 20.02.2020.

Considerând abuzivă conduita autorității contractante de a modifica documentația de atribuire, cu doar 13 zile anterior datei limită de depunere a ofertelor (și fără publicarea unei erate), în sensul acceptării în competiție și a categoriei de proiectare C pentru ambarcațiuni, fapt ce scade semnificativ standardul de proiectare și capacitățile de execuție a misiunilor de urgență, de către ambarcațiuni, dar și distorsionează concurența, față de categoria B, inițial impusă, ... a formulat contestația de față, solicitând, în principal, anularea parțială a răspunsului la solicitarea de clarificări publicat de autoritatea contractantă în 07.02.2020 și obligarea autorității contractante la extinderea termenului de depunere a ofertelor, cu cel puțin 10 zile (ulterior eliminării clasei de proiectare C a ambarcațiunilor) și la adresarea unui răspuns față de solicitarea sa de clarificări din data de 13.02.2020, iar în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini procedura stabilită la art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206131076/1, în valoare de 220.000 lei, emisă de CEC Bank – Sucursala Gara de Nord, în data de 27.02.2020.

Consiliul ia act de faptul că, deși autoritatea contractantă a prezentat achiziția ambarcațiunilor (de 3 tipuri diferite) prin indicarea a 3 loturi (atât în fișa de date a achiziției, cât și în caietul de sarcini), în fapt, a condiționat ofertarea unitară a tuturor produselor (prin aceeași ofertă),

dar și încheierea unui singur contract, ceea ce relevă inaplicabilitatea regulilor de ofertare pe loturi distincte, în această procedură.

Or, atacarea condițiilor de ofertare, indiferent pentru care din tipurile de produse (ambarcațiuni) s-ar formula, se înțelege că afectează întreaga procedură de atribuire, fiind afectate toate cele 3 așa-zise loturi (sintagmă eronat utilizată de autoritatea contractantă, nefiind corespundență definiției date de Legea nr. 98/2016, art. 3 alin. (1) litera dd): *lot - fiecare parte din obiectul contractului de achiziție publică, obiect care este divizat pentru a adapta dimensiunea obiectului contractelor individuale rezultate astfel încât să corespundă mai bine nevoilor autorității contractante, precum și capacității întreprinderilor mici și mijlocii, sau pe baze calitative, în conformitate cu diferitele meserii și specializări implicate, pentru a adapta conținutul contractelor individuale mai îndeaproape la sectoarele specializate ale IMM-urilor sau în conformitate cu diferitele faze ulterioare ale proiectului;*).

În consecință, criticile aferente modului de ofertare vor fi analizate în raport cu procedura de atribuire în ansamblu, fără eventualul beneficiu care ar rezulta din prevederile art. 9 alin. (6) al Legii nr. 101/2016: *În cazul în care, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, autoritatea contractantă achiziționează produse, servicii sau lucrări defalcate pe loturi, măsurile de remediere adoptate potrivit alin. (1) privesc numai loturile pentru care s-a depus contestație.*

Având a analiza, cu întâietate, excepția de tardivitate a contestației/unui capăt de cerere din aceasta, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul face aplicarea prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, cu încadrarea în termenul prevăzut la art. 24 alin. (1), iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.*

Or, în susținerea excepției sale, autoritatea contractantă invocă, pe de o parte, faptul că a luat act de acțiunea contestatoarei în 25.02.2020, întrucât i-a fost transmisă, în plic închis, prin Poșta Română, iar procedura de atribuire a continuat, fiind depășită data limită de ofertare.

Pe de altă parte, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca tardiv și fără obiect, a capătului de cerere ce vizează obligarea ei la emiterea unui răspuns de clarificare a documentației de atribuire, motivat de faptul că nu s-ar putea întoarce la un moment anterior depunerii și deschiderii ofertelor, care a avut loc la 20.02.2020.

Consiliul constată că autoritatea contractantă se află în eroare cu privire la modul de calcul al termenului de contestare, stabilit la art. 6 alin. (1) litera a) din Legea nr. 101/2016, așa cum rezultă din interpretarea coroborată a art. 5 al legii cu prevederile art. 183 alin. (1) din Codul de procedură civilă.

Conform celor recunoscute de autoritatea contractantă, dar și celor rezultând din înscrisurile de la dosarul cauzei (inclusiv plicurile cu data imprimată de predare la oficiul poștal), autoarea contestației a înaintat

cererea sa la oficiul poștal, în data de 17.02.2020, iar actul atacat este clarificarea postată în SEAP la 07.02.2020, care cuprinde, printre alte informații de clarificare/completare a documentației de atribuire, și următorul răspuns: *1. Asa cum este prezentat in documentele achizitiei obiectul contractului il constituie furnizarea unor ambarcatiuni medicalizate tip ambulanta, ambarcatiuni a caror destinatie este prin urmare exclusiv comerciala. In consecinta, ambarcatiunile se vor construi dupa o documentatie avizata de Autoritatea Navala Romana sau un organism similar. Nu se exclud documentatiile ce au la baza standardele armonizate ce determina categoriile de proiectare pentru ambarcatiuni de agrement, cu conditia avizarii lor de catre organismele enuntate mai sus. In aceasta situatie sunt acceptate si normele pentru categoria de proiectare C.*

Prin urmare, întrucât data de 17.02.2020 a fost ultima zi din termenul de contestare a acestor clarificări, calculat conform art. 5 din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge excepția de tardivitate arătată, ca nefondată.

În același timp, pretinsa lipsă de obiect a cererii de decalare a termenului de ofertare, bazată pe pretinsa imposibilitate de intervenire a ei, întrucât primirea contestației a avut loc după termenul imită de depunere a ofertelor, este o excepție lipsită de temeinicie.

Obiectul contestației se analizează în funcție de momentul înaintării ei, adică momentul în care exista dreptul autoarei sale de a solicita și măsuri temporare, de prevenire a vătămării reclamate. Or, depășirea termenului în care se putea lua o astfel de măsură, voluntar, de autoritatea contractantă, ca efect tocmai al neimplicării acesteia, nu poate fi invocată în apărarea sa. Consiliul are în vedere, de asemenea, că o cerere similară, de prelungire a perioadei de ofertare, a fost înaintată autorității contractante (care confirmă primirea ei), anterior contestației.

Prin urmare, respingând ambele excepții, formulate de autoritatea contractantă, Consiliul face analiza pe fond a cauzei, constatând că părțile sunt în dispută privind două aspecte esențiale, care ar afecta procedura de atribuire, adică: pretinsa nerespectare a regulilor de transparență privitoare la nepublicarea unui anunț tip erată și, în același timp, modificarea semnificativă a condițiilor de ofertare, fără acordarea timpului necesar pentru întocmirea ofertelor conform noilor condiții.

Consiliul reține că cele două aspecte au legătură cu amintita "clarificare" a documentației de atribuire, privitoare la condițiile de ofertare a unor ambarcațiuni cu categorii distincte de proiectare.

Conform specificațiilor din fișa de date a achiziției (Secțiunea III.1.3.a) *Capacitatea tehnica si/sau profesionala. Informatii si/sau nivel(uri) minim(e) necesare pentru evaluarea respectarii cerintelor mentionate: Loturile: 1,2,3*), pentru toate produsele din cele 3 tipuri ("loturi"), ofertanții aveau obligația de a prezenta, pentru fiecare ambarcațiune propusă: *Certificat de tonaj al unei ambarcatiuni similare emis de catre o societate navala agreata ANR; Specimen Certificare CE*

emis de catre o societate de clasificare pentru categoria de proiectare B, emis special pentru tipul de ambarcatiune ofertat; Specimen al certificatului de conformitate pentru ambarcatiune.

Conform caietului de sarcini, viitorul contractor trebuie să respecte condiția ca ambarcațiunile furnizate să respecte cerința minimă: *Ambarcatiunea va fi construita după o documentatie pentru salupe de serviciu, avizata de Autoritatea Navala Romana sau de o Societate de Clasificare recunoscuta.*

Din ansamblul acestor cerințe, rezultă că, prin ofertă, ofertanții vor prezenta documentații tehnice ale caracteristicilor constructive și de autorizare, pentru ambarcațiuni ce ar putea fi deja în producție, dar și pentru ambarcațiuni care urmează a fi proiectate/dezvoltate pe baza unei certificări deținute de o societate navală agreată ANR, dar pentru categoria de proiectare B.

Consiliul are în vedere că părțile înțeleg să invoce, în cauză, aplicabilitatea prevederilor Ordinului nr. 1079/2014 al Ministerului Transporturilor (pentru stabilirea procedurilor privind evidența și înmatricularea ambarcațiunilor de agrement, condițiile tehnice și încadrarea cu personal navigant a acestora și avizarea operatorilor economici pentru desfășurarea activităților de agrement nautic), în sensul asumării obligației de prezentare în ofertă a unor documente care atestă respectarea nivelului de clasificare a proiectării ambarcațiunilor viitoare.

Consiliul constată că această cerință reprezintă un nivel minim de participare în competiție, din capacitatea tehnică pe care trebuie să o dovedească ofertanții.

Or, autoritatea contractantă a înțeles să modifice această cerință, pe calea unei clarificări aduse fișei de date a achiziției, iar nu pe calea unui anunț tip erată.

Cerința în cauză se regăsește, explicit, și în anunțul de participare la secțiunea similară celei din fișa de date a achiziției (*III.1.3) Capacitatea tehnica si profesionala*), ceea ce relevă că aspectele conținute de ea nu au doar caracter pur formal, ci condiție de ofertare, de fond, ce trebuie respectată în sensul expres al reglementărilor aplicabile, adică al art. 146 din Legea nr. 98/2016: *Anunțurile prevăzute la art. 142, inclusiv anunțurile corespunzătoare tip erată, se transmit spre publicare de către autoritatea contractantă prin mijloace electronice în condițiile prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prezentei legi și se publică în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene cu respectarea formatelor-standard stabilite de Comisia Europeană în temeiul dispozițiilor art. 51 din Directiva 2014/24/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 februarie 2014.*

Or, pentru validitatea modificării anunțului de participare, Normele de aplicare a Legii, aprobate prin HG nr. 395/2016, impun prin art. 55 alin. (1), publicarea unui anunț tip erată: *În cazul în care, după publicarea unui anunț, intervin anumite modificări față de informațiile deja existente în acesta, autoritatea contractantă are obligația de a transmite*

spre publicare un anunț de tip erată la anunțul inițial, care trebuie să fie publicat nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor sau cererilor de participare.

Consiliul are în vedere și că, prin punctul de vedere la contestație, autoritatea contractantă recunoaște că, în mod voluntar, a decis nepublicarea unui anunț tip erată, întrucât demersul său ar fi fost supus unui risc de neefectuare: "exista riscul ca Operatorul SEAP să nu poată procesa în timp util solicitarea de prelungire a termenului". Această susținere relevă nu doar eronata aplicare a dispozițiilor actelor normative din domeniu, ci și necunoașterea întinderii efectelor încălcării intenționate a unor obligații rezultând din acestea.

În consecință, clarificarea emisă de autoritatea contractantă, prin care modifică conținutul anunțului de participare, este contrară amintitelor reguli de publicitate, a căror încălcare impune anularea ei, conform solicitării contestatoarei.

Cât privește nevoia de decalare a termenului de ofertare, rezultând din modificarea condițiilor de ofertare, Consiliul constată că această situație de fapt întrunea condițiile prevăzute de Legea nr. 98/2016, la art. 153 alin. (1): *Autoritatea contractantă prelungește perioada stabilită în anunțul de participare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri:*

a) în cazul în care, din orice motiv, informațiile suplimentare sau răspunsul autorității contractante la solicitările de clarificări transmise de către operatorii economici nu sunt transmise în termenele prevăzute la art. 161, deși clarificările sau informațiile suplimentare au fost solicitate de operatorul economic în termenul prevăzut în anunțul de participare/simplificat/de concurs;

b) în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziției.

Consiliul are în vedere că, prin modificarea amintită, în cazul validării ei, autoritatea contractantă înțelegea să accepte o competiție între oferte care conțineau ambarcațiuni cu nivel de clasificare diferit, dar care să respecte condițiile, minimale, din caietul de sarcini.

Această conduită relevă, fie că autoritatea contractantă nu este real interesată de un nivel de clasificare a ambarcațiunilor de tipul celui rezultând din Ordinul nr. 1079/2014, modificat prin Ordinul nr. 920/2015, iar cerința de calificare a fost abuzivă, fie că nevoia sa efectivă de ambarcațiuni pentru serviciul de ambulanță nu ar necesita deplasări pentru navigația maritimă până la 50 Mm de la linia de coastă spre larg, în condițiile specifice categoriei de proiectare B.

Pornind de la diferențierea celor două categorii de proiectare, regăsite în art. 69 al amintitului Ordin, se înțelege că și caietul de sarcini trebuia să fie modificat, concomitent, pentru a se menține competiția între oferte cu nivel egal de tehnicitate:

b) categoria de proiectare B - ambarcațiuni de agrement pentru navigația maritimă până la 50 Mm de la linia de coastă spre larg, proiectate pentru voiaje în largul coastelor, în condiții în care vântul poate

atinge forța 8 inclusiv pe scara Beaufort și valurile pot avea o înălțime de până la 4 m inclusiv;

c) categoria de proiectare C - ambarcațiuni de agrement pentru navigația maritimă până la 6 Mm de la linia de coastă spre larg, proiectate pentru voaje în apropierea coastelor, în golfuri mari, estuare, lacuri și fluvii, în condiții în care vântul poate atinge forța 6 inclusiv pe scara Beaufort și valurile pot avea o înălțime de până la 2 m inclusiv.

Or, printr-o astfel de modificare (conținută de clarificarea atacată) se probează lipsa de precizie și a caietului de sarcini, contrar prevederilor art. 154 din Legea nr. 98/2016: *Autoritatea contractantă are obligația de a elabora documentația de atribuire care conține toate informațiile necesare pentru a asigura operatorilor economici o informare completă, corectă și precisă cu privire la cerințele achiziției, obiectul contractului și modul de desfășurare a procedurii de atribuire.*

Chiar în condițiile în care autoritatea contractantă ar fi emis un anunț tip erată, care să conțină modificarea cerinței de calificare amintite, exista și nevoia, reclamată, de decalare a termenului de ofertare, rezultând din nivelul modificat al caracteristicilor viitoarelor produse de achiziționat, caracteristici ce urmau a fi supuse, de asemenea, unor etape de avizare a documentației tehnice (din partea Autorității Navale Române sau echivalent).

Prin urmare, Consiliul constată temeinicia susținerilor contestatoarei, dar ia act de imposibilitatea remedierii documentației de atribuire, motivat de faptul că autoritatea contractantă a continuat procedura, cu depășirea termenului de ofertare, astfel că, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) litera c) din Legea nr. 101/2016, va anula procedura de atribuire, măsură concordantă și cu capătul de cerere subsidiar (nr. 4) al contestației.

În același timp, văzând solicitarea contestatoarei de obligare la plata cheltuielilor ocazionate de demersul său, reprezentând onorariu avocat, de 5.000 lei, probate de documentele înaintate, Consiliul va face aplicarea dispozițiilor art. 451 alin (2) din Codul de procedură civilă, reducându-le la 2.000 lei. În această finalitate, Consiliul a ținut cont de faptul că demersurile de investire a sa și de probare a susținerilor (contestația și corespondența ulterioară, inclusiv în privința cauțiunii) au aparținut reprezentantului de drept al contestatoarei, Administrator Florin Eugen Vârlan, în timp ce reprezentantul convențional a emis doar concluziile scrise, activitate cu caracter de complexitate redusă, față de primele demersuri și de specificul cauzei.

Drept care, Consiliul va obliga autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 2000 lei, cheltuieli ocazionate de litigiu, în temeiul prevederilor art. 26 alin. (9) 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 contradictoriu cu și, pentru imposibilitatea luării măsurilor de remediere, dispune anularea procedurii inițiate cu anunț de participare nr. CN1017976, publicat în SEAP la 31.12.2019.

Obligă autoritatea contractantă la plata către contestatoare a sumei de 2000 lei, cheltuieli ocazionate de litigiu.

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

.....