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) 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. ...../01.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, cu sediul social în ....., ..., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ...../....., precum și împotriva raportului procedurii nr. ...../....., emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având drept obiect: „.....” cod CPV: 44611600-2, s-a solicitat: ..... SRL.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SRL depune contestația nr. ...../01.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ...../ ....., precum și împotriva raportului procedurii nr. ...../....., solicitând: anularea adresei nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, precum și a raportului procedurii nr. ...../.....; obligarea autorității contractante să reevalueze oferta depusă de ofertantul declarat câștigător – SC .....SRL, prin raportare la argumentele tehnice expuse și probate de SC ..... SRL și să revină asupra deciziei luate, având în vedere caracterul inacceptabil și imposibil de pus în practică, din punct de vedere tehnic, al ofertei depuse de SC .....SRL.

În ceea ce privește termenul de depunere a contestației, contestatorul precizează că aceasta este formulată în termenul legal, potrivit dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016,

raportat la prevederile art. 5 din același act normativ, actele atacate fiind comunicate prin e-mail, la data de .....

Pe fondul cauzei, contestatorul arată că prin comunicarea rezultatului procedurii i s-a adus la cunoștință faptul că oferta SC .....SRL a fost declarată câștigătoare ca urmare a aplicării criteriului *„prețul cel mai scăzut*”. Contestatorul consideră că orice oferta trebuie analizată și sub toate aspectele tehnice, pentru a nu se ajunge la o imposibilitate de îndeplinire a contractului, acesta fiind și cazul supus analizei în prezenta contestație. Astfel, printre cerințele tehnice menționate în caietul de sarcini, se regăsesc: *„Conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum*”; *„Integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării*”. În opinia contestatorului, cele două caracteristici au strânsă legătură deoarece conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum, precum și controlul automat al dozării, se pot face numai prin integrarea cisternei de bitum, prin programare software, în sistemul de operare al stației de asfalt.

Contestatorul susține că o astfel de integrare se face prin intermediul sistemului de operare al stației de asfalt AMMAN Easy Batch 90, iar sistemul de operare poate fi programat exclusiv de către un reprezentant autorizat al producătorului stației de asfalt (Amman). Or, unicul reprezentant autorizat al producătorului (AMMANN) pe teritoriul României este SC ..... SRL aspect dovedit atât prin contractul de agenție încheiat cu producătorul, dar și prin declarația expresă, dată de producătorul AMMANN Italy, puse la dispoziția autorității contractante (în limba engleza și în traducere legalizată), precum și prin intermediul adresei de răspuns clarificări nr. 434/21.12.2018 nicio altă societate neavând autorizarea necesară pentru a intra în sistemul de operare al acestei stații.

Totodată, contestatorul consideră că anterior organizării acestei noi proceduri de atribuire, pentru achiziționarea unui nou rezervor de bitum + conexiuni la stația de asfalt deja existentă, furnizată de SC ..... SRL în anul 2016 (în cadrul contractului de furnizare nr. 92/34111 din 07.06.2016, prin care autoritatea a achiziționat 7 stații de asfalt AMMANN Easy Batch 90), autoritatea contractantă ar fi putut să analizeze eventuala incidență a dispozițiilor art. 221 alin. (1), lit. b), coroborat cu art. 221 alin. (3) din Legea nr. 98/2016

În consecință, contestatorul apreciază că oferta tehnică propusă de SC .....SRL, nu poate fi decât una imposibil de pus în practică, întrucât câștigătorul declarat se va afla într-o imposibilitate tehnică de a asigura atât conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt AMMANN a rezervorului de bitum, cât și integrarea rezervorului de bitum, prin programare software, în sistemul de operare al stației de asfalt, pentru permiterea controlului automat al dozării și gestionarii rezervorului.

Prin adresa nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. 4258/ 05.02....., contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205221180/1, tranzacția nr. 823024950/1569386367 din data de ....., emisă de CEC Bank – unitatea Sucursala Focșani, în valoare de 6.600 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*".

Prin adresa nr. 9368/11.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 5143/ 12.02....., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

Autoritatea contractantă precizează că în urma evaluării propunerilor tehnice prezentate de către cei doi ofertanți participanți la procedură, comisia de evaluare a constatat că aceștia nu au depus documente cu privire la *„conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum*" și nici documente atașate (descriere tehnică, procedeu tehnic), de unde să rezulte cerința din caietul de sarcini: *„integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării*." Ca urmare, comisia de evaluare a solicitat clarificări prin adresele nr. 68658/20.12.2018 și nr. 68659/2012.2018 cu privire la aspectele sesizate mai sus, prin care să demonstreze că aceștia sunt agreați/ autorizați de către producătorul AMMAN cu privire la integrarea cisternei de bitum ofertat prin programul software în sistemul de operare al stației de asfalt. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, înregistrată la autoritate cu nr. 69391/27.12.2018, SC .....SRL a detaliat modul de realizare al conexiunilor de la tancul de bitum la stația AMMAN Easy Batch 90, a detaliat componenta instalației și funcționarea ei, declarându-le totodată secret profesional deoarece modul de realizare a conexiunilor este propriu societății. Ofertantul a declarat totodată ca nefondată și incorectă cerința de a fi agreat/ autorizat de către producătorul AMMAN, întrucât aceste cerințe nu se regăsesc în fișa de date sau în caietul de sarcini.

Cu privire la cerința ca ofertantul să fie agreat/autorizat de către producătorul AMMAN, autoritatea contractantă arată că ofertantul a declarat că în cadrul procedurii de achiziție publică nu s-a specificat nimic despre condiționarea producătorului, în afară de numirea acestuia, autoritatea contractantă având obligația de a solicita acest aspect prin

caietul de sarcini. În răspunsul la clarificări SC .....SRL atestă și își asumă că cele două caracteristici tehnice, care au strânsă legătură una cu cealaltă, respectiv: 1) conectarea, afișarea și funcționarea calculatorului stației de asfalt a rezervorului de bitum și 2) controlul automat al dozării, se pot face prin integrarea cisternei de bitum, prin programare software, în sistemul de operare al stației de asfalt.

Analizând răspunsul prezentat de către SC .....SRL înregistrat cu nr. 69391/27.12.2018, comisia de evaluare a hotărât declararea conformității propunerii tehnice prezentate, având în vedere că oferta tehnică și răspunsul la solicitarea de clarificări respectau cerințele caietului de sarcini, întrucât acesta nu cuprindea mențiunea ca ofertanții să fie agreați/autorizați de către producătorul AMMAN, ci doar denumirea stației de asfalt mobile. De asemenea, autoritatea contractantă subliniază că a respectat cerințele art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la invocarea prevederilor art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016 autoritatea contractantă consideră că a analizat și a verificat toate ofertele depuse atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punctul de vedere al aspectelor financiare respectând principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică.

Referitor la opinia contestatarului privind eventuala atribuire a contractului, potrivit dispozițiilor art. 221 alin. (1) lit. b), coroborat cu art. 221 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 prin încredințare directă, fără organizarea unei noi proceduri de atribuire, autoritatea contractantă face precizarea că .... nu este autoritatea contractantă care a încheiat contractul de furnizare nr. 92/34111 din 07.06.2016 ci ..... SA, cele două instituții menționate, chiar dacă sunt în relație de subordonare, au calitatea de autoritatea contractantă, fiecare în mod distinct. Prin urmare, prezenta autoritate contractantă nu putea pune în aplicare procedurile legislative menționate de către contestator având atribuții limitate în ceea ce privește achizițiile publice.

În final, autoritatea contractantă menționează că în baza analizei ofertelor depuse, cu respectarea principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a stabilit în mod corect, temeinic și justificat conformitatea propunerii tehnice a ofertantului SC .....SRL pentru achiziția publică în cauză.

Prin adresa nr. 83/12.02....., înregistrată la CNSC sub nr. 5265/ 12.02.2018, contestatorul transmite concluzii scrise față de punctul de vedere emis de autoritatea contractantă, precizând următoarele aspecte:
- orice acțiune/operațiune ce necesită accesarea sistemului de operare al stației de asfalt AMMANN Easv Batch90 (atât pentru conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum, cât și pentru integrarea cisternei de bitum prin programare software, pentru permiterea controlului automat al dozării și gestionării rezervorului), poate fi efectuată exclusiv de către producătorul AMMANN sau de către un reprezentant autorizat al acestuia;

- Sistemul de operare al stației de asfalt AMMANN Easy Batch este protejat de parole pe diferite niveluri de acces la programare și parametrizare; în funcție de accesarea diferiților parametri, există diferite limbaje de programare aflate, de asemenea, sub diferite parole de acces;
- chiar dacă cerința formală ca un ofertant să fie agreat/autorizat de către producătorul AMMANN nu a fost specificată în mod expres în caietul de sarcini sau în fișa de date, o astfel de atestare/autorizare a fost cerută ofertanților de către autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificări, dat fiind că autoritatea contractantă a realizat necesitatea unei astfel de autorizări având în vedere accesarea sistemului de operare software al stației de asfalt, sistem de operare protejat prin parole de acces și limbaj de programare;
- prin răspunsul SC .....SRL la solicitarea de clarificări înregistrat la autoritate sub nr. 69391/27.12.2018, ofertantul SC .....SRL nu a răspuns solicitărilor de clarificări, ci doar: a invocat aspecte de ordin formal, respectiv lipsa cerinței autorizării de către producătorul AMMANN, în cuprinsul caietului de sarcini; a declarat drept secret profesional, propriu societății, aspectele tehnice de realizare a conexiunilor la sistemul de operare al stației (adică, exact aspectul cel mai important);
- aceste răspunsuri nu constituie clarificări (în sensul prevăzut de lege), ci doar eschivări formale, procedurale, pentru a evita detalierea soluțiilor tehnice, concrete, de realizare a conexiunilor necesare, autoritatea contractantă încălcând prevederile art. 65 alin. (2) din HG nr. 395/2016;
- simpla afirmație a ofertantului SC .....SRL (*în sensul că o astfel de autorizare nu a fost cerută prin Caietul de sarcini sau fișa de date*) nu poate fi un argument menit a fundamenta lipsa necesității autorizării, în condițiile în care, nu formalismul a determinat autoritatea contractantă să solicite autorizarea/atestarea din partea producătorului, ci necesitatea tehnică și legală.

În consecință, contestatorul solicită Consiliului să analizeze comparativ soluțiile tehnice propuse de ofertanți, iar nu aspectele de ordin formal, procedural, dat fiind că imposibilitatea tehnică a ofertantului SC .....SRL de a asigura conexiunile la sistemul de operare al stației de asfalt constituie critica esențială a contestației depuse.

Totodată, contestatorul reiterează ideea că, anterior organizării procedurii de atribuire, autoritatea contractantă ar fi trebuit să analizeze incidența dispozițiilor art. 221 alin. (1), lit. b), coroborat cu art. 221 alin. (3) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, în conformitate cu prevederile art. 21 din Legea nr. 101/2016, contestatorul își manifestă disponibilitatea audierii.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică,

având drept obiect: „.....” cod CPV: 44611600-2, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SICAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../04.12.2018, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 330.000 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care autoritatea contractantă a evaluat oferta desemnată câștigătoare, depusă de SC .....SRL.

Având a verifica modalitatea în care a analizat autoritatea contractantă caracteristicile rezervorului de bitum ofertat de SC .....SRL, Consiliul constată următoarele:

În cadrul caietului de sarcini, care reprezintă necesitatea autorității contractante, este precizat în mod expres că se dorește achiziționarea unui rezervor de bitum cu capacitatea de 50 mc cu sistem de transvazare pentru stația de asfalt mobilă AMMAN Easy Batch 90 având, printre altele, următoarele caracteristici tehnice:

- *„conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum*;

(...)

- *integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării.*

Furnizorul va asigura montajul echipamentelor și interconectarea acestora cu stația de asfalt mobilă AMMAN Easy Batch 90”.

În instrucțiunile pentru ofertanți publicate, în SICAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul „[...../00003] FisaDate_DF1033804.pdf” la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat că „Ofertantul are obligația de a elabora și de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să respecte întocmai cerințele și specificațiile tehnice prevăzute în Caietul de sarcini, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă. Propunerea tehnică va fi semnată și ștampilată de ofertant, va fi scanată și introdusă în SEAP. În cazul unei oferte comune depusă în asociere de mai mulți operatori economici, propunerea tehnică va fi semnată de liderul de asociere precum și de toți ceilalți membri ai asocierii. Documentele de fundamentare a Propunerii Tehnice vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și vor fi depuse prin mijloace electronice, fiind încărcate într-o secțiune dedicată a portalului SEAP, iar conținutul acestora va fi vizibil comisiei de evaluare după deschiderea ofertelor. În cadrul propunerii tehnice ofertantul are obligația de a prezenta: 1) -Formular nr. IV.4.1/1- Declarație pe proprie răspundere privind acceptarea cerințelor beneficiarului prevăzute în Caietele de sarcini; 2) Formularul nr. IV.4.1/2 „Declarație privind respectarea reglementărilor obligatorii din domeniul mediului, social, al

relațiilor de muncă și privind respectarea legislației de securitate și sănătate în munca", în conformitate cu modelul prezentat în Secțiunea „Formulare" a Documentației de Atribuire. Formularul nr. IV.4.1/2 va fi completat atât de către Ofertant, cât și de subcontractanții declarați în ofertă; 3) Formularul nr. IV.4.1/3 „Declarație privind partea/părțile din propunerea tehnică și financiară care au caracter confidențial" în conformitate cu modelul prezentat în Secțiunea „Formulare" a *Documentației de Atribuire. 4) Certificate de conformitate/ declarații de performanță a produsului/Fișa tehnică produs.*

Nota 1:

Ofertantul va întocmi un Opis al documentelor incluse în Propunerea Tehnică. Propunerea tehnică, inclusiv toate formularele menționate mai sus, vor fi încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic numai de către operatorii economici înregistrați.

Nota 2: Autoritatea Contractantă va asigura aplicarea art. 65 alin. (3) și (4) din HG 395/2016 privind rezultatul etapei de verificare a Propunerilor Tehnice.

Nota 3: Operatorii economici pot obține informații detaliate privind aceste reglementări de la Ministerul Mediului, Apelor și Pădurii, precum și de la Ministerul Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice".

Analizând modalitatea în care autoritatea contractantă a structurat specificațiile tehnice ale rezervorului de bitum cu capacitatea de 50 mc cu sistem de transvazare pentru stația de asfalt mobilă AMMAN Easy Batch 90 se poate desprinde concluzia că necesitatea autorității contractante constă în achiziționarea unui rezervor de bitum care are anumite caracteristici, cum ar fi:

- conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum;
  și
- integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produsului care urmează a fi furnizat să fie descris în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unui rezervor de bitum care să aibă anumite caracteristici fizice/de gabarit (capacitatea de 50 mc), sau funcționale (conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum și, respectiv, integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării) sunt stabilite de

fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui rezervor de bitum deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unuia care să aibă anumite caracteristici și performanțe, printre care se regăsesc și cele enumerate mai sus.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestor cerințe antemenționate, ale autorității contractante, ofertantul SC .....SRL a ales să depună ofertă, sens în care a depus în propunerea sa tehnică următoarele documente (pag. 41-56 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei):

- declarația pe propria răspundere privind acceptarea cerințelor beneficiarului prevăzute în caietul de sarcini (formular nr. IV.4.1/1);
- o copie a caietului de sarcini, ștampilată și semnată olograf de către ofertant;
- declarația privind respectarea reglementărilor obligatorii din domeniul mediului, social, al relațiilor de muncă și privind respectarea legislației de securitate și sănătate în muncă (formular nr. IV.4.1/2);
- înscrisul „*oferta cerințe tehnice*”;
- fișa tehnică „*rezervor bitum + conexiuni pentru stație de produs asfalt mobilă tip AMMAN Easy Batch 90 cu o capacitate de 50 mc*”.

Pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a consemnat în procesul verbal de evaluare nr. 2 înregistrat sub nr. 68657/20.12.2018 (pag. 147-149 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) referitor la propunerea tehnică depusă de SC .....SRL că:

„1. Nu există documente atașate cu privire la conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum;

2. Nu există documente atașate (descriere tehnică, procedeu tehnic, orice document de unde să rezulte cerința din caietul de sarcini: Integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării)”.

Ulterior, autoritatea contractantă a transmis ofertantului SC .....SRL adresa de solicitare clarificări nr. 68658/20.12.2018, prin care a solicitat acestui ofertant următoarele clarificări privind oferta depusă:

„1. Având în vedere că stația de asfalt mobilă deținută de .... este AMMAN Easy Batch 90, iar în documentele depuse

de SC .....SRL se face referire la experiența similară la stații de asfalt SMA și IMA, fără a exista documente atașate cu privire la conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum, vă solicităm să prezentați documentele prin care SC .....SRL este agreat/autorizat de către producătorul AMMAN să îndeplinească cerința în vederea funcționării în parametri nominali a întregului ansamblu: stație + rezervor bitum ofertat, în modul automat;

2. Având în vedere că stația de asfalt mobilă deținută de .... este AMMAN Easy Batch 90, iar în documentele depuse de SC .....SRL se face referire ca experiență similară la stații de asfalt SMA și IMA, fără a exista documente atașate (descriere tehnică, procedeu tehnic), orice document de unde să rezulte cerința din caietul de sarcini: Integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării, vă solicităm să prezentați documentele prin care SC .....SRL îndeplinește cerința cu privire la integrarea rezervorului de bitum ofertat în programul software/aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt ANNAM Easy Batch 90, din partea producătorului/furnizorului de stații AMMAN".

La această solicitare de clarificări, ofertantul SC .....SRL a răspuns prin adresa nr. 1331/27.12.2018 înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 69331/27.12.2018 (pag. 163-165 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei).

Verificând, la rândul său documentele depuse de SC .....SRL în propunerea tehnică și răspunsul la solicitarea de clarificări, raportat la necesitatea autorității contractante astfel cum a fost consemnată în caietul de sarcini, Consiliul va reține următoarele aspecte:

- referitor la cerința autorității contractante „*conectarea, afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum"*, SC .....SRL a declarat în propunerea sa tehnică (pag. 48 din dosarul achiziției, parte a dosarului cauzei) că „*instalația este prevăzută cu un sistem de control pentru cisterna de bitum: temperatura, nivel bitum, cantitatea de bitum din cisternă; - prin conectarea la calculatorul stației de asfalt se monitorizează afișarea informațiilor tehnice și funcționarea rezervorului de bitum*", fără să precizeze modul concret în care va fi realizată conexiunea fizică (care este schema de conectare și acționare prin robineți, actuatoare, cabluri, interfețe etc) și fără să precizeze modul concret în care va funcționa aplicația software de pe calculatorul stației de asfalt (respectiv dacă va fi instalată o aplicație dedicată pentru afișarea și funcționarea rezervorului de bitum sau va fi folosită aplicația existentă);
- ulterior, în răspunsul nr. 1331/27.12.2018 la solicitarea de clarificări, SC .....SRL a transmis autorității contractante o serie de detalii privind modul fizic în care propune să conecteze rezervorul de bitum la stația de asfalt existentă, respectiv că „*instalația electrică va fi completată cu încă un PLC și un HMI cu ajutorul cărora vă vom putea afișa pe biroul*

operatorului următoarele: gradul de umplere al tancului de bitum între 1% și 100%, temperatura bitumului din tanc, semnalizare tanc plin și se vor putea da comenzi pentru noii robineți cu actuator; vizualizarea temperaturii va fi și locală" și a descris modalitatea de acționare electrică a robineților, fără să precizeze niciun aspect referitor la aplicația software care va fi necesară conform caietului de sarcini pentru *„afișarea și funcționarea la calculatorul stației de asfalt a rezervorului de bitum";*
- referitor la solicitarea autorității contractante *„integrarea cisternei de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării"*, SC .....SRL s-a limitat ca în propunerea sa tehnică să declare că *„rezervorul va fi integrat prin programare software în sistemul de operare al stației de produs asfalt, lucru care permite controlul automat al dozării"*, fără să precizeze concret modul în care va integra rezervorul de bitum în sistemul de operare al stației de asfalt (de exemplu, dacă va reconfigura doar softul existent, dacă va instala anumite aplicații suplimentare existente pe piață, dacă va concepe o aplicație dedicată etc);
- ulterior, în răspunsul nr. 1331/27.12.2018 la solicitarea de clarificări, SC .....SRL s-a limitat la afirmații generice de forma *„rezervorul de bitum este integrat prin programare software în sistemul de operare al stației de produs asfalt, lucru care permite controlul automat al dozării"* sau *„rezervorul de bitum solicitat este o gospodărie anexa stație de asfalt AMMAN Easy Batch 90, aceasta putând fi anexat oricărui tip de stație de asfalt, iar modul de punere în funcțiune prin preluarea unui semna de la unitatea din instalație nu afectează funcționarea softului stației"* fără să precizeze nici de această dată modul concret în care va integra rezervorul de bitum în sistemul de operare al stației de asfalt

Potrivit prevederile art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 oferta care cuprinde și propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale, care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei tehnice trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot să-și asume doar formal/declarativ obligația de a integra din punct de vedere software produsele pe care le vor furniza cu cele aflate deja în patrimoniul autorității contractante doar în baza unor simple decizii comerciale având la bază simpla prezumție că urmare a declarării ca și câștigătoare a ofertei sale, va găsi o modalitatea de a presta respectivele serviciile accesorii aferente produsului furnizat.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de SC .....SRL iar prin răspunsurile formulate acest ofertant a răspuns neconcludent, aspect care ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei sale în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) coroborat cu art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Totodată, Consiliul nu poate reține ca întemeiat argumentul de a nu transmite documentele prin care SC .....SRL îndeplinește cerința cu privire la integrarea rezervorului de bitum ofertat în programul software/ aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt doar pe raționamentul că aceste informații ar fi confidențiale deoarece tocmai acesta este rolul clarificărilor, respectiv necesitatea autorității contractante de a lămuri anumite elemente ale propunerii tehnice, respectiv de a verifica sustenabilitatea acestora, la care ofertantul în cauză avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență.

Mai mult, invocarea confidențialității în raporturile cu autoritatea contractantă este fără fundament legal, în condițiile în care legislația în vigoare stabilește obligația autorității contractante de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor, relevante fiind în acest sens următoarele dispoziții legale:

- art. 57 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: „*Fără a aduce atingere celorlalte prevederi ale prezentei legi sau dispozițiilor legale privind liberul acces la informațiile de interes public ori ale altor acte normative care reglementează activitatea autorității contractante, autoritatea contractantă are obligația de a nu dezvălui informațiile transmise de operatorii economici indicate de aceștia ca fiind confidențiale, inclusiv secrete tehnice sau comerciale și elementele confidențiale ale ofertelor*";
- art. 65 alin. (1) din Legea nr. 98/2016: *„Autoritatea contractantă are obligația de a asigura protejarea integrității datelor, a confidențialității ofertelor și a solicitărilor de participare în cadrul tuturor operațiunilor de comunicare, transmitere și stocare a informațiilor*";
- art. 129 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „*Pe parcursul desfășurării procesului de evaluare, membrii comisiei de evaluare și experții cooptați au obligația de a păstra confidențialitatea asupra conținutului ofertelor/solicitărilor de participare, precum și asupra oricăror alte informații prezentate de către candidați/ofertanți în procedura de atribuire*";
- art. 130 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „*Comisia de evaluare și experții cooptați au obligația de a semna pe propria răspundere o declarație de confidențialitate și imparțialitate prin care se angajează să respecte prevederile art. 129 și prin care confirmă că nu se află într-o situație care implică existența unui conflict de interese*";
- art. 148 lit. h) din HG nr. 395/2016: „*Dosarul achiziției publice trebuie să cuprindă documentele întocmite/primite de autoritatea contractantă în cadrul procedurii de atribuire, cum ar fi, dar fără a se limita la următoarele: (…) declarațiile de confidențialitate și imparțialitate*".

Mai mult, autoritatea contractantă nu a solicitat ofertantului SC .....SRL la punctul 2 din adresa nr. 68658/20.12.2018 să prezinte vreun agrement/autorizare din partea producătorului AMMAN, astfel cum a susținut acesta la pag. 3 din răspunsul nr. 1331/27.12.2018 (pag. 165 din dosarul achiziției, parte a dosarul cauzei) ci a solicitat *„documentele prin care SC .....SRL îndeplinește cerința cu privire la integrarea rezervorului de bitum ofertat în programul software/aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt ANNAM Easy Batch 90, din partea producătorului/furnizorului de stații AMMAN*", sintagmă din care rezultă că SC .....SRL avea dreptul să transmită comisiei de evaluare orice documente tehnice (cum ar fi, de exemplu, manuale de programare/ configurare a sistemului de operare sau aplicațiilor software specifice stației de asfalt AMMAN, descriere tehnică, procedeu tehnic etc) prin care să demonstreze autorității contractante că poate să integreze cisterna de bitum prin programare software în sistemul de operare al stației de asfalt pentru permiterea controlului automat al dozării.

Din analiza ofertei depusă de către SC .....SRL și a clarificărilor ulterioare, rezultă că aceasta și-a asumat doar la nivel declarativ responsabilitatea de a livra un rezervor de bitum cu caracteristicile minime stabilite de către autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini, fără a fi în măsură să confirme, prin răspunsul transmis comisiei de evaluare, sustenabilitatea ofertei sale.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul caietului de sarcini.

Astfel că potrivit art. 123 din Legea nr. 98/2016, avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și deci implicit cu cerințele impuse în cadrul caietului de sarcini.

În cazul în care prevederile documentației de atribuire sau solicitarea de clarificări nr. 68658/20.12.2018 erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, SC .....SRL avea dreptul de a le contesta, potrivit prevederilor legale.

Verificând, la rândul său, propunerea tehnică și clarificările transmise de SC .....SRL, raportat la necesitatea autorității contractante astfel cum a fost precizată în documentația de atribuire, Consiliul constată că, deși autoritatea contractantă a acordat ofertantului SC .....SRL o reală șansă să-și completeze oferta prin descrierea modului concret în care va integra rezervorul de bitum ofertat în programul software/aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt, acesta nu a transmis autorității contractante nici prin răspunsul său la adresa nr. 68658/ 20.12.2018 respectivele informații, limitându-se la formularea unor susțineri generice de forma *„rezervorul de bitum este integrat prin programare software în sistemul de operare al stației de produs asfalt, lucru care permite controlul automat al dozării (...) modul de punere în funcțiune prin preluarea unui semna de la unitatea din instalație nu afectează funcționarea softului stației*".

Consiliul va reține că riscul întocmirii riscul răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale sau a răspunsului la solicitările de clarificări a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care sunt produsele care îi sunt necesare și modul în care acestea trebuie interconectate cu stația de asfalt existentă iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu ar avea dreptul nici să reitereze solicitarea de completare a ofertei contestatorului cu informațiile referitoare la integrarea rezervorului de bitum ofertat în programul software/aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt având în vedere că un astfel de demers ar constitui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care interzic determinarea apariției unui avantaj ca urmare a solicitării unor clarificări, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 mai sus citate.

Totodată, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu ar avea dreptul de a reitera solicitarea de clarificare referitoare la integrarea rezervorului de bitum ofertat în programul software/aplicația instalată în momentul de față la stația de asfalt, având în vedere că lipsa unui răspuns complet și concludent ar fi trebuit să conducă la respingerea ofertei depusă de SC .....SRL, orice altă abordare contrară fiind de natură a goli de sens atât noțiunea de răspuns concludent/neconcludent cât și prevederea imperativă stabilită în sarcina comisiei de evaluare la art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, ***autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă*** *sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).*

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau

pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv instrucțiunile pentru ofertanți intitulate generic „*fișa de date*" și caietul de sarcini) devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, SC .....SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul fișei de date a achiziției, și al caietului de sarcini, motiv pentru care avea obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016 de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că prin oferta depusă și clarificările ulterioare, SC .....SRL nu a făcut dovada conformității specificațiilor tehnice oferite cu cerințele minimale obligatorii stabilite în caietul de sarcini și care reprezintă necesitatea / exigențele autorității contractante.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice

prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a solicitărilor de participare neadecvate, a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme, precum și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f), i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei SC .....SRL este fondată, urmând să fie admisă.

Referitor la susținerile contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi putut să achiziționeze rezervorul de bitum prin modificarea contractului încheiat între aceștia, în baza art. 221 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și nu prin organizarea prezentei proceduri de atribuire, Consiliul le va respinge ca tardive având în vedere că la data formulării acestora, în cuprinsul contestației nr. ...../....., a fost depășit termenul prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016, raportat la data luării la cunoștință a demarării prezentei proceduri de atribuire prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. ...../ 04.12.2018.

Solicitarea contestatorului de a depune concluzii orale este respinsă, deoarece probele administrate în cauză au pus la dispoziția Consiliului toate elementele necesare soluționării cauzei, admiterea acestei cereri ducând la prelungirea în mod nejustificat a termenului de pronunțare a unei decizii.

Având în vedere toate aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, forma în vigoare la data depunerii contestației, va admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește oferta depusă de SC .....SRL, va anula raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente, și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca tardiv formulate criticile contestatorului privind organizarea procedurii de atribuire.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația formulată de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în ceea ce privește oferta depusă de SC

.....SRL, anulează raportul procedurii de atribuire și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente, și a motivării aferentă prezentei, în termen de 15 zile de la comunicare.

Respinge ca tardiv formulate criticile contestatorului privind organizarea procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 16 (șaisprezece) pagini