CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 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. ...
Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 40843/28.09.2017, depusă de ..., cu sediul în ..., și punct de lucru în ..., reprezentata legal de ...- director general și administrator, și convențional de domnul ... - împuternicit, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui ..., coduri CPV ..., cu data-limită de depunere a ofertelor 19.06.2017, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea și reluarea licitației electronice desfășurată în perioada 20-21.09.2017, ca fază finală a procedurii de atribuire, precum și suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației sale. Prin încheierea nr. ..., Consiliul s-a pronunțat asupra capătului de cerere de suspendare a procedurii de atribuire, respingându-l ca rămas fără obiect. Pe rol, în prezent, se află celelalte capete de cerere din contestație.

La 09.10.2017, ...SA, cu sediul în ..., CUI ..., număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată convențional de ..., cu sediul în ..., a înaintat Consiliului cererea de intervenție nr. 3086/09.10.2017, prin care solicită respingerea contestației, în principal ca inadmisibilă și în subsidiar ca neîntemeiată, precum și obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 ofertantul ... reclamă desfășurarea licitației electronice derulată în perioada 20-21.09.2017, ca fază finală a procedurii, în cadrul procedurii de atribuire menționată în partea introductivă, învederând, în motivare, că a participat, alături de ...SA, la procedura de licitație electronică, în perioada 20.09.2017-21.09.2017, ca fază finală a derulării procedurii de achiziție.

Pe parcursul desfășurării acestei ultime etape a procedurii de achiziție, respectiv a licitației electronice, nu a putut îmbunătăți oferta financiară, întâmpinând probleme tehnice legate de disfuncționalități ale sistemului SEAP.

În acest sens, contestatoarea expune ultimii pași în desfășurarea procedurii de licitație electronică din data de 21.09.2017, respectiv:

- la ora 13:57, ocupa poziția 1 în clasamentul ofertanților;
- la ora 13:58 ocupa poziția a 2-a;
- la ora 13:59 ocupa poziția 1;
- la ora 14:04 figura în continuare pe poziția 1.

La ora 14:05, sistemul a generat informarea că ... ocupa poziția a 2-a în clasament, moment în care a încercat îmbunătățirea ofertei financiare, însă, de data aceasta, sistemul nu a mai permis acest lucru, fiind generat instantaneu un mesaj electronic referitor la finalizarea licitației, rămânând clasată pe poziția a 2-a în clasament.

Considerându-se eronat mesajul electronic și având în vedere regula sistemului de a prelungi automat posibilitatea de licitare cu încă 5 minute de la momentul schimbării poziției 1 in clasament (în cazul de față, dată fiind schimbarea poziției 1 în minutul cuprins între 14:04 -14:05, contestatoarea consideră că sistemul trebuia să furnizeze în mod automat o prelungire cu încă 5 minute a licitației electronice, respectiv până la 14:09 sau 14:10, după caz), a fost înștiințată de îndată entitatea contractantă asupra erorii apărute în sistem în aceeași zi, iar, la data de 22.09.2017, s-a formulat notificarea prealabilă prin care au fost oferite detalii privind erorile apărute pe parcursul derulării procedurii de licitație electronica, solicitându-se adoptarea unor masuri de remediere corespunzătoare.

La data de 25.09.2017, ... a răspuns la notificarea prealabilă, precizând că nu va adopta măsuri de remediere, în considerarea următoarelor argumente:

„[...] Entitatea Contractantă se afla în imposibilitatea de a dispune măsuri de remediere în conformitate cu art. 6 alin. (5) din

Legea nr. 101/2016 date fiind următoarele: 1. din informațiile furnizate în notificarea dvs. rezulta pașii normali de derulare a unei licitații electronice; 2. platforma www.e-licitatie.ro este operată în totalitate de AADR (Agenția pentru agenda digitală a României), entitatea contractanta nefiind implicată în derularea efectivă a licitației electronice și implicit în finalizarea acesteia, ci numai în lansarea invitației de participare la această etapă".

Astfel cum reiese din Fișa de date a achiziției (pag. 6-7), entitatea contractantă a optat pentru utilizarea licitației electronice ca pas final al procedurii de atribuire, aceasta licitație urmând a se desfășura „într-o singură rundă de 24 de ore, care se poate prelungi automat în situația în care se modifică clasamentul", iar pe parcursul ei „nu se dezvăluie identitatea ofertanților, aceștia putând să vizualizeze poziția pe care o ocupa in clasament". Totodată, potrivit condițiilor de desfășurare a licitației electronice, prevăzute în Manualul de utilizare. Actor: Ofertant, publicat în SEAP (pag. 51 și următoarele), în cazul în care autoritatea contractantă a optat pentru extinderea perioadei de licitare (cum este și cazul entității contractante în prezenta procedură), licitația electronică nu se mai finalizează la o oră fixă, dacă în ultimul minut, parametru de sistem configurabil de către operator SEAP, s-a produs o modificare a primei poziții din clasament. În acest caz, licitația se va prelungi automat cu 5 minute, configurabil printr-un alt parametru de sistem. Cele 5 minute se aplică datei de închidere a licitației. Dacă în intervalul de 1 minut până la data de închidere a licitației se produc alte modificări ale clasamentului, termenul de prelungire rămâne cel de 5 minute după data de închidere. Dacă în primele 5 minute de prelungire a licitației are loc o noua schimbare a câștigătorului, licitația se va prelungi automat cu încă 5 minute de la data modificării clasamentului. Decalarea termenului de finalizare se va face repetitiv, dacă se îndeplinește condiția anterioară.

În prezenta procedură însă, astfel cum s-a detaliat anterior, pe parcursul desfășurării licitației electronice, la data de 21.09.2017, la ora 14:04, ... figura pe poziția 1 în clasament, iar la ora 14:05 sistemul a generat informarea că ocupă poziția a 2-a în clasament, fiind generat instantaneu un mesaj electronic referitor la finalizarea licitației. Având în vedere condițiile de desfășurare a procedurii de licitație electronică, la momentul schimbării poziției 1 în clasament, în intervalul 14:04 — 14:05, în opinia sa, trebuia generat în mod automat un nou mesaj electronic de prelungire a licitației electronice cu încă 5 minute, lucru care însă nu s-a întâmplat în speță, procedura fiind finalizată în mod eronat si nelegal.

În considerarea celor precizate anterior, ... contestă inclusiv motivarea entității contractante din răspunsul oferit la notificarea prealabilă, respectiv argumentul referitor la faptul că „1. din

informațiile furnizate în notificarea dvs. rezulta pașii normali de derulare a unei licitații electronice”. Această argumentare este eronată având în vedere faptul că, prin intermediul notificării prealabile comunicate către ..., a fost prezentată înșiruirea pașilor derulați în cursul licitației electronice, pași care însă au fost întrerupți, licitația fiind oprită din desfășurarea sa normală la momentul 14:05, prin finalizarea eronată a procedurii de licitație.

Totodată, și cel de-al doilea argument folosit de entitatea contractantă în răspunsul său, privind faptul că „2. platforma www.e-licitatie.ro este operata în totalitate de AADR (Agenția pentru agenda digitală a României), este unul nejustificat, deoarece entitatea contractantă nu este implicată în derularea efectivă a licitației electronice și implicit în finalizarea acesteia, ci numai în lansarea invitației de participare la aceasta etapă”. Având în vedere faptul că, deși platforma de licitare în cazul derulării unei licitații electronice este operata de AADR, entitatea contractanta neavând niciun control asupra sistemului electronic de licitare, ea este cea care decide utilizarea licitației electronice ca etapă finală în desfășurarea unei proceduri de achiziție. În acest caz, în situația în care entitatea contractantă este sesizată cu o solicitare vizând existența unor erori tehnice în sistem, doar aceasta poate și trebuie să ia măsurile corespunzătoare pentru a verifica corectitudinea derulării procedurii de licitație electronică, cu respectarea principiului egalității de tratament, și în final, să remedieze eventuala vătămare produsă operatorului economic în cauză.

Contestatoarea aduce la cunoștință Consiliului faptul că, la data de 27.09.2017, a adresat AADR o solicitare privind transmiterea desfășurătorului electronic al derulării procedurii de atribuire în faza finală a licitației electronice, conținând cel puțin detaliile de timpi, pași și modificări ale clasamentului participanților la prezenta procedură, respectiv momentul finalizării acesteia, fără să primească un răspuns până la data depunerii prezentei contestații.

Conform prevederilor art. 19 din Legea nr. 101/2016 raportate la dispozițiile art. 21 din același act normativ, contestatoarea solicită Consiliului acordarea posibilității de a avea acces la documentele dosarului achiziției.

Alăturat „Note scrise”, înregistrate la Consiliu cu nr. 41778/04.10.2017, contestatoarea transmite răspunsul furnizat de către Agenția Digitală a României (AADR) nr. 93709/04.10.2017.

În punctul său de vedere nr. GCM-17-1411/04.10.2017 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 41819/05.10.2017, entitatea contractantă solicită respingerea ca nefondată a contestației și continuarea procedurii de atribuire, în temeiul

prevederilor art. 26 din Legea nr. 101/2016, având în vedere următoarele motive:

În fapt, arată entitatea contractantă, în urma evaluării DUAE, a propunerilor tehnice și a propunerilor financiare, comisia de evaluare a constatat că ambii ofertanți au oferte admisibile, prin urmare s-a trecut la etapa finală de licitație electronică, invitând ambii ofertanți la aceasta etapă, conform secțiunii IV.2.2) din fișa de date a achiziției.

În data de 18.09.2017, ora 10:55, comisia de evaluare a lansat etapa de licitație electronica, având numărul de referință în SEAP OP0019298, cu următoarele caracteristici:

- data publicării: 18.09.2017 10:55

- licitația electronică poate fi oprită dacă oferta nu s-a îmbunătățit în runda precedenta: Nu

- ofertanții pot vedea cea mai buna ofertă: Nu

- licitația se prelungește automat, în cazul modificării clasamentului: Da

- ofertanții pot vedea numărul de participanți înscriși la licitație: Nu

- valoare estimată pentru prețul unitar: 62,454,644.52 (RON)

- pas minim de licitare: 624,546.45 (RON)

- moneda în care se transmite oferta de preț: RON

- participanți: ... și ...SA

- fazele licitației electronice: Runda 1 - data de început 20.09.2017 ora 14:00; data de sfârșit 21.09.2017 ora 14:00; durata este de 1 zi.

Ulterior, comisia de evaluare a constatat că licitația electronică s-a finalizat la ora 14:05, acest lucru însemnând ca licitația s-a prelungit automat ca urmare a modificării clasamentului, că ambii ofertanți au îmbunătățit prețul ofertei și că, potrivit informațiilor existente pe platforma SEAP, rezultatul etapei desfășurate este următorul:

- ...: 52.000.000 lei, fără TVA;

- ...SA: 51.427.868 lei, fără TVA (cea mai bună ofertă).

În data de 26.09.2017, comisia de evaluare a solicitat ofertanților propunerile financiare îmbunătățite ca urmare a licitației electronice, cu termen de răspuns în data de 29.09.2017, iar, ca urmare a depunerii contestației de către ..., s-a procedat la suspendarea procedurii de atribuire până la soluționarea contestației de către CNSC.

Având în vedere cele prezentate, ... apreciază că susținerile contestatoarei sunt nefondate, din probatoriul depus nerezultând faptul că ofertantul s-ar fi aflat în imposibilitatea de a îmbunătăți oferta financiară sau că ar fi întâmpinat probleme tehnice legate de disfuncționalități ale sistemului SEAP.

Astfel, entitatea contractantă consideră că în mod temeinic și legal nu a dispus măsuri de remediere, în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016, în raport de informațiile furnizate de către ofertant, din conținutul căruia rezultă că licitația s-a desfășurat cu respectarea pașilor normali de derulare.

Totodată, entitatea contractantă precizează că în mod corect a informat contestatoarea cu privire la operatorul platformei www.e-licitatie.ro, Agenția pentru Agenda Digitală a României (A.A.D.R) și atribuțiile acesteia, singura entitate în măsura să verifice și să furnizeze informații cu privire la pretinsa nefuncționalitate a sistemului, aceasta nefiind implicată în derularea efectivă a fazei de licitație electronică și implicit nici în finalizarea ei, ci numai în lansarea invitației de participare la această etapă.

De asemenea, având în vedere că, prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 41243/02.10.2017, A.A.D.R a confirmat faptul că sistemul a funcționat pe întreaga perioadă de derulare a licitației, ... consideră că procedura de atribuire s-a derulat cu respectarea tuturor reglementarilor legale aplicabile și că actele contestate sunt legale și temeinice.

Prin adresa nr. 42058/3505/C8/06.10.2017, Consiliul a informat ... că poate consulta, la sediul Consiliului, documentele din dosar, cu excepția celor clasificate sau declarate confidențiale de către ofertanți, solicitându-i acestuia depunerea originalului împuternicirii domnului ... pentru semnarea contestației în numele ... (potrivit art. 151 C. proc. civ.), reședința din România unde urmează a i se transmite comunicările privind soluționarea contestației [potrivit art. 10 lit. a) din Legea nr. 101/2016], dovada că, la licitația electronică din 21.09.2017, la ora 14:04, ... ocupa prima poziție în clasament (din listingurile depuse de dumneavoastră la dosar reiese că alt ofertant a ocupat această poziție începând cu ora 13:59:10).

Prin cererea de intervenție formulată, ...SA, în calitate de ofertant în cadrul procedurii, solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;

- respingerea contestației formulate de ..., în principal, ca inadmisibilă, și, în subsidiar, ca neîntemeiată/nefondată;

- admiterea pe fond a cererii de intervenție;

- obligarea contestatoarei la plata cheltuielilor ocazionate de prezentul litigiu.

I. Referitor la admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție, ...SA își întemeiază cererea pe art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) Cod Proc. Civ. (și următ.), arătând că interesul de a interveni în cauză derivă din interesul său de a se menține rezultatul licitației electronice, conform căruia oferta sa este clasată pe primul loc. În opinia sa, prin demersul său

contestatara, nemulțumită de acest rezultat, încearcă prin demersul său să provoace o modificare a clasamentului prin reluarea licitației electronice.

II. Privitor la respingerea ca inadmisibilă a contestației, în temeiul art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, intervenienta susține că demersul contestatoarei nu vizează acte ale entității contractante, ci pretinse disfuncționalități ale sistemului SEAP, operat de AADR, a căror responsabilitate revine SEAP - operatorului acestui sistem, conform art. 5 alin. (3) din HG 394/2016, astfel ... nu are calitate de „persoană care se consideră vătămată”, în sensul art. 6 coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016.

Așadar, contestatoarea nu avea deschisă calea formulării unei notificări prealabile și respectiv a unei contestații în prezenta speță, deoarece notificarea prealabilă nu a fost formulată de o „persoană care se consideră vătămată” de un act al entității contractante, în sensul Legii nr. 101/2016, motiv pentru care nu se poate considera că a fost îndeplinită procedura prealabilă obligatorie prevăzută de lege. Pe cale de consecință, în opinia sa, nici contestația nu este admisibilă, sancțiunea pentru neîndeplinirea procedurii prealabile fiind respingerea contestației ca inadmisibilă.

Totodată, arată intervenienta, în prezenta cauză nu există identitate între raportul juridic substanțial și raportul juridic procesual, contestația fiind formulată de o persoană lipsită de calitate procesuală activă, legea nerecunoscându-i în acest caz lui ... calitatea de parte vătămată, respectiv este formulată împotriva unei persoane lipsite de calitate procesuală pasivă, entitatea contractantă nefiind autoritatea care a „emis" actul/mesajul criticat de acesta.

Or, nu se poate considera că viciul care afectează demersul ... a fost acoperit prin formularea contestației, datorită faptului că aceasta din urmă s-a raportat la răspunsul primit de la entitatea contractantă. Tardivitatea sau inadmisibilitatea notificării prealabile nu pot fi „acoperite” prin simplul fapt că entitatea contractantă a răspuns la notificare, aceasta având obligația de a transmite un răspuns la notificare în temeiul art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, în opinia sa, în măsura în care se considera vătămată de aceste pretinse disfuncționalități ale SEAP, și în măsura în care va fi capabilă să le dovedească, contestatoarea putea să formuleze o cerere de despăgubiri împotriva operatorului SEAP - singurul responsabil pentru acest sistem, conform legii.

III. În ceea ce privește capătul de cerere, subsidiar, privind respingerea contestația ca neîntemeiată/nefondată, intervenienta apreciază ca fiind nedovedite susținerile contestatarei referitoare la faptul că și-ar fi îmbunătățit oferta la ora 14:05 și că tot la ora 14:05 sistemul SEAP ar fi generat un mesaj electronic referitor la

finalizarea licitației, în loc să prelungească automat termenul limită al licitației electronice.

Astfel, ... a atașat contestației sale, în vederea probării susținerilor acesteia, numai solicitarea adresată AADR la data de 27.09.2017 (cu numai o zi înaintea formulării contestației), la care nu a obținut un răspuns înaintea formulării contestației, „probă" care nu demonstrează nici veridicitatea susținerilor contestatarei, nici o diligență deosebită din partea acesteia pentru obținerea probelor necesare demersului său.

Or, potrivit art. 10 și art. 11 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 și principiului celerității care guvernează procedura de soluționare a contestațiilor, mijloacele de probă trebuiau să fie atașate contestației, neputând fi transmise Consiliului ulterior expirării termenului prevăzut de lege pentru formularea acesteia.

...SA opinează că responsabilitatea pentru transmiterea ofertei și utilizarea corectă a interfeței SEAP pentru licitația electronică, precum și responsabilitatea pentru erorile calculatorului/conexiunii de internet/programelor contestatarei îi revin, contestatoarei. Totodată, practica Consiliului confirmă că o culpă a contestatarei de a nu-și fi încărcat corect documentele în SEAP, respectiv de a nu fi folosit corect resursele și interfața SEAP, nu pot fi imputate entității contractante.

În ceea ce privește atribuțiile entității contractante în organizarea și derularea licitației electronice, intervenienta învederează că acestea sunt limitativ enumerate la art. 140-147 din Legea nr. 99/2016 și art. 120-128 din HG nr. 394/2016 la, iar contestatoarea nu invocă încălcarea niciuneia dintre aceste atribuții, ci invocă un viciu tehnic al sistemului SEAP, iar susținerile cu privire la pretinsa responsabilitate a entității contractante pentru motivul că aceasta a decis să organizeze licitație electronică, sunt vădit tardive.

Nu în ultimul rând, intervenienta menționează că eventuala admitere a contestației și anulare a licitației electronice ar constitui o încălcare a principiului tratamentului egal care guvernează procedurile de achiziție publică, conform art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 99/2016, în condițiile în care ambii ofertanți au participat în condiții egale la licitația electronică, regulile și eventualele limitări tehnice ale SEAP fiind egale pentru amândoi (de fapt, pentru orice ofertant din orice procedură de atribuire cu etapă finală licitație electronică).

IV. ...SA solicită obligarea contestatoarea la plata în întregime a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, având în vedere caracterul vădit inadmisibil (sau cel puțin nefondat) al demersului contestatoarei - ofertant nemulțumit de rezultatul licitației electronice care fără nicio dovadă blochează procedura de

atribuire invocând vicii ale sistemului SEAP care nu sunt în responsabilitatea entității contractante.

V. Intervenienta solicită acces la dosarul cauzei, în temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa din data de 11.10.02017, înregistrată la Consiliu cu nr. 42777/11.10.2017, ... transmite „Concluzii scrise”, prin care solicită respingerea apărărilor invocate de ..., pe calea punctului de vedere nr. GCM-17-1411/04.10.2017, și admiterea contestației astfel cum a fost formulată, având în vedere, pe lângă cele deja prezentate în cadrul contestației, următoarele considerentele:

În opinia sa, deși platforma de licitare în cazul derulării unei licitării electronice este operată de AADR, entitatea contractantă neavând niciun control asupra sistemului electronic de licitare, aceasta este cea care decide utilizarea licitației electronice ca etapă finală în desfășurare a unei proceduri de achiziție. În acest caz, în situația în care entitatea contractantă este sesizată cu o solicitare vizând existența unor erori tehnice în sistem, doar aceasta poate și trebuie să ia măsurile corespunzătoare pentru a verifica corectitudinea derulării procedurii de licitație electronică, cu respectarea principiului egalitarii de tratament, și în final, să remedieze eventuala vătămare produsă operatorului economic în cauză.

Sub un alt aspect, contestatoarea învederează că în răspunsul transmis de către AADR la data de 04.10.2017, aceasta califică pagina de licitare disponibilă operatorilor economici ca fiind una „statică”, conchizând că aducerea informațiilor actualizate din serverul SEAP se realizează *„fie prin salvarea unei noi oferte de preț îmbunătățite fie prin accesarea butonului «Refreș» existent în aplicație sau pe cel de la nivelul browserului de internet folosit”.*

Or, raportând aceste informații la cele prevăzute expres în Manualul de utilizare al Sistemului Electronic de Achiziții Publice, unde la pag. 53 este indicat expres că accesarea butonului «Refresh» este o acțiune posibilă, iar nu o acțiune obligatorie la care un operator economic poate recurge pentru a actualiza informațiile din serverul SEAP, și că ofertantul va vizualiza în orice moment poziția sa în clasament, fără a fi indicată obligația acestuia de a accesa constant butonul «Refresh» pentru a actualiza această informație.

Mai mult, neconcordanța informațiilor din Manual cu cele furnizate de AADR prin răspunsurile sale în legătură cu funcționarea „statică” a sistemului licitației electronice, rezulta și din răspunsul AADR, conform căruia *„[...] ora e-Licitație afișata în momentul în care se dă click pe butonul "ora e-licitație" este ora serverului. Dacă acest ecran este păstrat deschis, ora reală a serverului este afișată*

în momentul în care se dă «Refresh» informației din ecran sau se închide și se redeschide ecranul [...].”

Astfel, și în acest caz, contestatoarea supune atenției Consiliului faptul că, la pag. 8 din Manual, această informație privind necesitatea accesării butonului «Refresh» nu este prevăzută nici măcar ca acțiune posibilă, fiind inserată doar o imagine print-screen ca figură model, la citirea textului din manual se poate înțelege că odată activat link-ul respectiv ora licitației este afișată în mod continuu nefiind necesară o altă acțiune din partea utilizatorului.

Având în vedere cele menționate, contestatoarea consideră că unui operator economic participant pentru prima dată la o licitație publică, organizată de o entitate contractantă din România, i se aplica din start un tratament discriminatoriu prin raportare la alți operatori economici care cunosc practica sistemului SEAP operat de AADR, caz în care principiile fundamentale care guvernează orice procedură de achiziție publică, respectiv principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței sunt în mod vădit încălcate.

În cazul de față, contestatoarea susține că i-a fost încălcat în mod incontestabil dreptul de a avea acces la o procedură corectă și transparentă, din cele expuse rezultând că acceptarea desfășurării licitației electronice în modalitatea prezentată de AADR, raportat la informațiile prevăzute în Manual, însemnă o asumare a faptului că fiecare operator economic va fi răspunzător pentru "necunoașterea practicii" desfășurării unei licitații electronice, și își va asuma implicit o pierdere a unei astfel de licitații, deși pe parcurs a întreprins toate diligentele necesare.

În ceea ce privește solicitarea adresată de Consiliu, prin intermediul adresei nr. 42058/3505/C8/06.10.2017, contestatoarea precizează că nu poate furniza niciun alt document în acest sens, deoarece aceasta nu s-a așteptat la o asemenea disfuncționalitate astfel încât să preconstituie dovezi, documentând prin mijloace tehnice respectivul proces de licitatei electronică.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. 42930/12.10.2017, ... transmite „Completare la concluziile scrise” depuse la data de 11.10.2017, prin care solicită respingerea ca nefondată a cererii de intervenție accesorie formulată de ...SA, având în vedere considerentele:

Referitor la presupusa inadmisibilitate a contestației, ... evocă prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) și f) din Legea nr. 101/2016.

Contestatoarea apreciază ca nejustificate susținerile intervenientei privind tardivitatea contestării opțiunii autorității contractante de a organiza o licitatei electronică, ca etapă finală a procedurii de atribuire, deoarece la momentul publicării documentației de atribuire, aceasta nu a fost vătămată de actul

autorității contractante, ci doar de modalitatea de derulare a licitației electronice și de consecințele acesteia.

În ceea ce privește recomandarea de a formula o eventuală cerere de despăgubiri împotriva operatorului SEAP, petenta consideră că nu această cale constituie remediul legal principal al corecțiilor ce se impun cât privește caracterul defectuos al derulării unei licitații electronice, ca segment asociat unei proceduri de licitatei reglementate prin norme legale speciale și care are drept finalitate atribuirea contractului, respectiv nu poate fi scoasă de sub jurisdicția remediilor și cailor de atac prevăzute de Legea nr. 101/2016, independent de modalitățile procesuale alternative pe care un astfel de eveniment, cu conotații juridice multiple în planul răspunderii, le-ar genera.

Privitor la presupusa netemeinicie a contestației din cauza neprezentării unor mijloace de probă odată cu depunerea contestației, ... supune atenției dispozițiile art. 10 lit. g) din Legea nr. 101/2016, potrivit căruia contestația va fi însoțită de *„g) mijloacele de probă pe care se sprijină contestația, în măsura în care este posibil; [...]”*.

De asemenea, contestatoarea solicită respingerea inclusiv a argumentelor intervenientei privitoare la faptul că nu a depus nicio diligentă deosebită pentru obținerea probelor necesare în demersul întreprins, având în vedere modalitatea de acțiune corespunzătoare atât anterior depunerii contestației, cât și pe parcursul soluționării acesteia de către Consiliu.

Sub un alt aspect, contestatoarea supune atenției faptul că, potrivit regulilor de contencios administrativ, reclamantul (petentul) trebuie doar să-și fundamenteze acțiunea pe o susținere coerentă, proba contrară aparținând autorității administrative al cărei act se atacă.

Contestatoarea solicită respingerea ca nefondată a solicitării intervenientei de a i se acorda cheltuieli cauzate de soluționarea contestației, având în vedere faptul că nu a blocat procedura de atribuire, ci, din poziția de ofertant, potențial câștigător secund al procedurii, vătămată de modalitatea de derulare a procedurii de licitatei electronică, a solicitat remedierea acestei vătămări, și implicit, reluarea acestei proceduri pentru a putea oferta în condiții de tratament concurențial egal, iar nu oferta ...SA și/sau alte acțiuni întreprinse de aceasta pe durata procedurii de atribuire, respectiv a licitației electronice. Astfel, demersul petentei fiind îndreptat împotriva entității contractante, nu și împotriva intervenientei, care din proprie inițiativă a decis să intervină în procedură, asumând-și costurile asociate unei atare poziții în cadrul litigiului.

Or, având în vedere calitatea intervenientei în formularea cererii de intervenție de intervenient accesoriu, în baza căreia

aceasta sprijină poziția procesuală a autorității contractante (fără ca intervenția să fie rezultatul solicitărilor contestatoarei), în acord cu practica dezvoltată în acest sens, petenta consideră că aceasta nu ar putea pretinde și cu atât mai mult obține cheltuielile, înaintate voluntar, de la partea căzuta în pretenții.

Urmare a studierii dosarului cauzei, intervenienta transmite „Concluzii scrise formulate în urma studierii dosarului", reiterând argumentele deja prezentate în cererea de intervenție.

Prin adresa nr. 3146/12.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 43036/12.10.2017, ...SA transmite cele solicitate de Consiliu, prin adresa nr. 42534/3505/C8/10.10.2017, precizând că natura cererii sale de intervenție este aceea a unei intervenții accesorii, în favoarea entității contractante, având în vedere că prin demersul său nu a dorit să valorifice o pretenție proprie ci a urmărit, prin apărările formulate, pronunțarea unei soluții în favoarea entității contractante, de respingere a contestației.

Prin adresa nr. GCM-17-1489/13.10.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 43417/16.10.2017, ... transmite „Concluzii scrise" la contestație, reiterând aspecte deja prezentate, cu ocazia punctului de vedere privind contestația depusă.

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

... a inițiat o procedură de licitație deschisă cu fază finală de licitație electronică pentru încheierea unui ..., coduri CPV ..., publicând în SEAP anunțul de participare nr. ... Împotriva modului de desfășurare a fazei finale de licitație electronică, derulată în perioada 20-21.09.2017, ... după îndeplinirea procedurii obligatorii de notificare prealabilă, a formulat contestația de față.

Preliminar, Consiliul reține că a fost formulată de către ...SA, cerere de intervenție, în considerarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, raportat la calitatea sa, în cadrul procedurii de achiziție în cauză, de ofertant admisibil și clasat pe locul I, în urma fazei finale de licitație electronică.

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispoziţiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta. Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. La art. 64 din cod se menţionează că instanţa trebuie să se pronunţe asupra admisibilităţii în principiu a intervenţiei.

Totodată acelaşi act normativ mai dispune că:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

În analiza cererilor de intervenţie este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenţie.

Analizând susţinerile din cuprinsul cererii de intervenţie prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, potrivit rezultatului fazei finale de licitație electronică, ...SA s-a clasat pe locul I.

Astfel, Consiliul constată că interesul ...SA în formularea cererii de intervenţie în interesul autorităţii contractante este născut şi actual, având în vedere că acesta, la momentul de faţă, are calitatea de ofertant admisibil şi câştigător, urmând, pe cale de consecinţă, ca cererea sa să fie încuviinţată, în principiu.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepţiei inadmisibilității contestației invocate de intervenient, constatând netemeinicia acesteia, dat fiind că, deși cadrul de operare specific pentru derularea unei licitații electronice este asigurat de AADR, obligațiile desfășurării unei proceduri de achiziție publică/sectorială incumbă autorității/entității contractante, astfel că ofertanții care se consideră vătămați de modul de derulare a acesteia sunt îndreptățiți, conform art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, să formuleze contestație.

Pe fond, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația ..., pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

În soluționare, Consiliul reține că principala nemulțumire a contestatorului vizează faptul că, pe parcursul desfășurării acestei ultime etape a procedurii de achiziție, respectiv a licitației electronice, nu a putut îmbunătăți propunerea sa financiară, arătând că, deși la ora 13:59 ocupa poziția 1, respectiv la ora 14:04 figura în continuare pe poziția 1, la ora 14:05, sistemul a generat informarea că ... ocupa poziția a 2-a în clasament.

Potrivit informațiilor rezultate din Detaliu licitație electronică - data de început a fazei finale de licitație electronică a fost 20.09.2017, ora 14:00, data de sfârșit 21.09.2017, ora 14:00, participanți fiind ... și ...SA.

De asemenea, conform celor stabilite de entitatea contractantă, regăsite în anunțul de participare aferent procedurii de achiziție în cauză, la art. IV.2.2):

„Se va utiliza licitația electronica drept pas final al procedurii de atribuire. La LE (licitație electronica) vor fi invitați toți Ofertanții care au depus Oferte admisibile cf art. 143 alin. 2 din Legea 99/2016. LE se va desfășura într-o singura runda de 24 de ore, care se poate prelungi in mod automat in situația in care se modifica clasamentul, si va începe la 2 zile lucrătoare de la transmiterea invitației la adresa de e-mail înregistrată in sistem. Elementul Ofertei care reprezintă obiectul LE este prețul total al ofertei aferent cantităților maxime, exprimat in RON, fără TVA. Entitatea contractanta precizează ca va utiliza pasul de licitare de 1% din valoarea maxim estimata. Nu exista limita pana la care prețul ofertat poate fi îmbunătățit, cu respectarea art. 222 din Legea 99/2016 si art. 142 din HG 394/2016. Pe parcursul LE nu se dezvăluie identitatea Ofertanților, aceștia putând să vizualizeze poziția pe care o ocupa în clasament. (...)."

Din economia celor precizate anterior, rezultă în mod clar că ofertanții participanți își puteau vizualiza poziția în clasament în orice moment, precum și faptul că licitația electronică se prelungea automat, la finalul celor 24 de ore, cuprinse în perioada 20.09.2017, ora 14:00- 21.09.2017, ora 14:00, în situația în care clasamentul se modifica.

De asemenea, în soluționare sunt reținute și cele specificate în Manualul de utilizare SEAP – ofertant (pag. 53) respectiv *„Acțiuni posibile:*

· Salvează – modificările vor fi salvate direct in baza de date;

· Refresh –actualizarea informațiilor din pagina;

· Înapoi – modificările făcute se vor pierde si utilizatorul va fi redirecționat in pagina de detaliu", de unde rezultă că, pentru actualizarea informațiilor din pagină, este nevoie ca ofertantul să acceseze butonul „Refresh", sens în care Consiliul constată că deși terminologia folosită de manual este de „acțiune posibilă", din explicația dată noțiunii de „refresh" rezultă în mod clar că informațiile din pagina afișată pot fi actualizate doar prin acțiunea de „refresh"(reînprospătare) a acesteia.

În acest context, critica societății contestatoare referitoare la faptul că atât la ora 13:59, cât și la ora 14:04 ocupa poziția 1, deși, în acest interval, nu își îmbunătățise în niciun fel valoarea ofertată la ora 13:59, apare nefondată, dat fiind că, într-o astfel de ipoteză, la

ora 14:00, conform regulilor clar stabilite prin anunțul de participare, etapa finală de licitație electronică ar fi urmat să se finalizeze automat, clasamentul nefiind schimbat, prin menținerea pretinsei poziții 1 a ofertei sale.

De altfel, însăși autoarea contestației înțelege să citeze cele expuse în Manualul de utilizare SEAP – ofertant (pag. 51), respectiv *„In cazul in care AC-ul a optat pentru extinderea perioadei de licitare, licitația electronica nu se mai finalizează la o ora fixa, daca in ultimul minut, parametru de sistem configurabil de către operator SEAP, s-a produs o modificare a primei poziții din clasament. In acest caz, licitația se va prelungi automat cu 5 minute, configurabil printr-un alt parametru de sistem. Cele 5 minute se aplica datei de închidere a licitației.”*

În același sens, în soluționare este reținut și listingul fazei finale de licitație electronică mai sus menționată, oferit de AADR atât entității contractante, cât și contestatoarei, de unde rezultă fără dubiu că, la ora 13:58:59.46, contestatoarea figura pe primul loc, însă, la ora 13:59:10.08, ...SA a ofertat un preț mai mic, astfel că licitația a fost în mod automat prelungită, în concordanță cu cele stabilite de entitatea contractantă prin anunțul de participare.

Preț Vechi	Preț Nou	Data și ora acțiune	Criteriu oferit	EA log	Ofertant
62045218,9	61420668	20.09.2017 15:14:19.54	Price:61420668.00	Succes	...S.A.
61420668	60796118	20.09.2017 15:15:28.24	Price:60796118.00	Succes	...S.A.
60796118	60171568	20.09.2017 15:17:17.91	Price:60171568.00	Succes	...S.A.
60171568	59547018	21.09.2017 12:45:20.50	Price:59547018.00	Succes	...S.A.
59547018	58922468	21.09.2017 12:45:45.03	Price:58922468.00	Succes	...S.A.
58922468	58297918	21.09.2017 12:46:07.51	Price:58297918.00	Succes	...S.A.
58297918	57673368	21.09.2017 13:50:10.88	Price:57673368.00	Succes	...S.A.
57673368	57048818	21.09.2017 13:50:22.33	Price:57048818.00	Succes	...S.A.
57048818	56424268	21.09.2017 13:50:28.76	Price:56424268.00	Succes	...S.A.
56424268	55175168	21.09.2017 13:57:45.83	Price:55175168.00	Succes	...S.A.
55175168	53301518	21.09.2017 13:57:56.59	Price:53301518.00	Succes	...S.A.
		21.09.2017 13:58:40.87	Price:55378445.96	Textul CAPTCHA a fost introdus greșit	...
55378446	52000000	21.09.2017 13:58:59.46	Price:52000000.00	Succes	...
53301518	51427868	21.09.2017	Price:51427868.00	Succes	...S.A.

		13:59:10.08			

Prin urmare, contrar susținerilor contestatoarei, Consiliul constată că momentul schimbării poziției în clasament nu a intervenit în intervalul 14:04-14:05, ci 13:58-14:00, iar, în cele 5 min. de prelungire automată a licitației, respectiv între 14:00-14:05, nu s-a mai produs nicio modificare de clasament, drept pentru care etapa finală de licitație electronică s-a finalizat în mod automat, conform regulilor stabilite.

Pe de altă parte, Consiliul reține că autoarea contestației nu a fost în măsură să depună vreo probă din care să rezulte susținerile sale cu privire la faptul că la ora 14:04 ocupa poziția 1, situație contrară normei dreptului comun, consacrată la art. 249 din Codul de Procedură Civilă, conform căreia *„Sarcina probei - Cel care face o susţinere în cursul procesului trebuie să o dovedească (…)”*.

Cât privește criticile aduse de contestator informațiilor cuprinse în Manualul de utilizare SEAP, Consiliul urmează să le respingă ca inadmisibile, având în vedere că soluționarea acestora nu intră în competența sa, raportat la dispozițiile art. 12 din Legea nr. 101/2016.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de ....

Pe cale de consecință, în temeiul dispoziţiilor art. 17 alin. (3) și art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispoziţiile art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va admite cererea de intervenţie accesorie formulată de ...SA.

În ceea ce privește solicitarea intervenientei de acordare a cheltuielilor de judecată, se constată că a fost depusă factura cu Ref. Internă 125082 seria SCA număr 875090 data 11.10.2017 emisă de ... și dovada încasării sumei de 27.475,77 lei de la ...SA.

Referitor la pretențiile intervenientei vizând cuantumul cheltuielilor de judecată solicitate, Consiliul reține, în baza art. 68 din Legea nr. 101/2016, prevederile art. 451 alin. (2) din Codul de procedura civilă, conform cărora *„Instanța poate, chiar și din oficiu, să reducă motivat partea din cheltuielile de judecată reprezentând onorariul avocaților, atunci când acesta este vădit disproporționat în raport cu valoarea sau complexitatea cauzei ori cu activitatea desfășurată de avocat, ținând seama și de circumstanțele cauzei.*

Măsura luată de instanță nu va avea niciun efect asupra raporturilor dintre avocat și clientul său".

Consiliul ia act de faptul ca valoarea cheltuielilor avansate de către societatea intervenientă cu ocazia soluționării prezentei contestații se ridica la 27.475,77 lei, respectiv 27.190,76 lei -asistență juridică, și 267 lei - cheltuieli aferente copierii dosarului cauzei.

Prin prisma dispoziției Codului de procedura civila, Consiliul stabilește că suma la plata căreia intervenientul solicită a fi obligată contestatoarea este disproporționată în raport de complexitatea cauzei și în raport cu serviciile prestate de reprezentantul convențional al intervenientului și cu actele depuse de acesta în cauză. Ca urmare, Consiliul stabilește reducerea acestei sume la valoarea de 1.000 lei, obligând, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea la plata către intervenientă a acestei sume.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de intervenientul ...SA.

Respinge, ca nefondată, contestația ..., în contradictoriu cu ....

Încuviinţează în principiu cererea de intervenţie formulată de ...SA și o admite.

Obligă ... la plata către ...SA a sumei de 1000 lei.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 5 exemplare, conține 18 pagini.