



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C. N. S. C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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 nr. 111492/30.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39249/03.10.2019, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ... având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului ... și Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată convențional de ..., formulată împotriva procedurii de licitație deschisă privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Incinerator mobil”, organizată de către ... cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 1/16.09.2019 prin care oferta SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, precum și a tuturor actelor ce stau la baza emiterii acestei decizii,
- anularea raportului procedurii nr. 17227/16.09.2019 prin care autoritatea contractantă a declarat oferta SC ... SRL ca fiind neconformă și a dispus anularea procedurii de atribuire,
- anularea tuturor actelor concomitente și/sau subsecvente deciziei și raportului procedurii, precum și a celor conexe luării și transmiterii deciziei și raportului procedurii de către autoritatea contractantă,
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei depusă de către SC ... SRL prin considerarea informațiilor și documentelor constituind oferta, ca fiind conforme și suficiente în dovedirea cerințelor documentației de atribuire,
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată pricinuite de prezentul demers procesual, conform art. 453 C. proc. civ.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația nr. 111492/30.09.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 39249/03.10.2019, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante conform căreia, oferta sa a fost declarată neconformă întrucât „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini” și anularea procedurii întrucât „nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă”.

În susținerea acțiunii sale, petenta invocă nelegalitatea deciziei prin raportare la lipsa de motivare privind respingerea ca neconformă a ofertei sale.

Sub acest aspect, contestatoarea consideră nejustificată și nelegală respingerea ofertei sale în lipsa unei motivări a deciziei autorității contractante. Astfel, din conținutul deciziei nu rezultă motivele concrete de respingere a ofertei, autoritatea contractantă limitându-se exclusiv la indicarea dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 considerate ca fiind incidente, respectiv: *“(3) În condițiile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, oferta este considerată neconformă în următoarea situație:*

a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 127 alin. (1) lit. j) din HG 395/2016:

„În raport cu sarcinile și responsabilitățile, comisia de evaluare are, în ansamblu, următoarele atribuții: [...] j) stabilirea 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”;

iar conform prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016:

„În cadrul comunicării privind rezultatul procedurii prevăzute la alin. (1), autoritatea contractantă are obligația de a cuprinde: [...] b) fiecărui ofertant respins, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale”.

În sensul dispozițiilor menționate este și jurisprudența dezvoltată în materie, în sensul în care orice decizie a unei autorități contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu formal sau pe elemente insuficiente sau deduse din context de autoritate, care ar favoriza sau defavoriza un ofertant.

Astfel, decizia autorității contractante de respingere ca neconformă a ofertei depusă de ... - având natura juridică de act administrativ - este afectată de viciul de formă al nemotivării, neregăsindu-se în cuprinsul său nicio precizare/justificare cu privire la motivul concret pentru care s-a respins oferta depusă de ...

Or, autoritatea contractantă nu poate, în putere proprie și absolut neargumentat, să adopte soluția respingerii ofertei depuse de doar pentru că are o astfel de competență.

Absența motivării deciziei, și implicit acest act administrativ în sine, constituie pe de o parte, o încălcare a dreptului contestatoarei la o bună administrare și pe de altă parte, o îngradire a posibilității atacării în justiție a actului administrativ, de vreme ce autoritatea administrativ-jurisdicțională/instanța, în cazul formulării unei contestații împotriva acestei decizii, nu va putea evalua motivele care au determinat autoritatea contractantă să adopte măsura respingerii ofertei depusă de ..., iar nu își va putea formula eventuale apărări față de elementele de fapt și de drept pe care se bazează actul administrativ.

Din prima perspectivă, a încălcării dreptului la buna administrare a ..., în privința obligației autorității contractante de a-și motiva deciziile adoptate, întocmai ca la orice autoritate administrativă, art. 41 alin. (2) intitulat „Dreptul la buna administrare”, din Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene prevede că:

„(2) Acest drept include în principal:

- (a) dreptul oricărei persoane de a fi ascultată (...);*
- (b) dreptul oricărei persoane de acces la dosarul propriu (...);*
- (c) obligația administrației de a-și motiva deciziile”.*

Prin urmare, în privința actelor juridice emanând de la organele administrative, Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene consacră la nivel de principiu obligația de motivare a acestora de către autoritățile emitente, în sensul de a indica, în mod expres, atât elementele de fapt, cât și elementele de drept care au stat la baza adoptării deciziei respective.

În aceste condiții, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligația motivării actului administrativ, cerința motivării fiind prevăzută în mod expres de art. 41 alin. (2) din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, aplicabilă cu prioritate în dreptul național potrivit atât art. 148 alin. (2) coroborat cu art. 20 alin. (2) din Constituția României, cât și jurisprudenței Curții de Justiție de la Luxemburg. Soluția aplicării prioritare a dreptului european se justifică pe baza obiectivului implicit, negociat împreună de statele membre și consființit în tratatele constitutive, anume acela al unificării sistemelor normative naționale prin crearea unei ordini juridice europene.

Lipsa motivării deciziei îngreădește posibilitatea contestatoarei de a ataca în instanță acest act administrativ, dat fiind faptul că, în lipsa motivelor de fapt și de drept ale acestuia, nu se poate aprecia asupra temeiniciei motivelor care au determinat autoritatea contractantă să respingă oferta.

În acest sens, în jurisprudența sa, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că:

„Motivarea actului administrativ constituie, într-adevar, o veritabilă condiție de validitate a acestuia, o garanție împotriva conduitei arbitrare a autorităților publice, menită să asigure posibilitatea verificării limitelor exercitării puterii lor discreționare”.

De asemenea, într-o altă decizie de speță, Înalta Curte de Casație și Justiție a statuat că:

„Motivarea unei decizii administrative nu poate fi limitată la considerente legate de competența emitentului, ci trebuie să conțină

elemente de fapt și de drept care, pe de o parte, să permită destinatarilor să cunoască și să evalueze temeiurile și efectele deciziei, iar, pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate.

Totodată, contestatoarea invocă o decizie a Consiliului în cadrul căreia CNSC a considerat că „[...] în mod eronat autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare a respins oferta contestatoarei în temeiul art. 79 alin. (1) din HG nr. 925/2006, în documentația de atribuire nefiind incluse prevederi care să oblige ofertantul la estimarea cotei de cheltuieli indirecte în conformitate cu Ordinul MLPTL nr. 1568/2002. Mai mult, autoritatea contractantă nu a motivat respingerea ofertei prezentate de contestatoare prin indicarea acelor categorii de cheltuieli, [...], care ar fi trebuit cuprinse în cota de cheltuieli indirecte”.

În consecința acestor argumente, contestatoarea consideră că decizia autorității contractante este nelegală pentru viciul de formă al nemotivării acesteia. Mai mult, în lipsa motivării deciziei, principiile transparenței și al asumării răspunderii, reglementate conform art. 2 alin. (2) lit. d) și f) din Legea nr. 100/2016.

De asemenea, contestatoarea invocă nelegalitatea și netemeinicia deciziei autorității contractante prin raportare la cerințele documentației de atribuire.

Conform celor prevăzute în cadrul raportului procedurii, autoritatea contractantă a considerat că SC ... SRL nu ar fi demonstrat corespunzător îndeplinirea cerinței prin asigurarea protecției incineratorului împotriva intemperiilor și antiefracție, susținând că „[...] Prelata din PVC cu inserție textilă, impermeabilă, rezistentă la intemperii și radiații UV, este recomandată pentru o scurtă perioadă de timp”.

Astfel, contestatoarea învederează că la data de 22.08.2019, DSVSA Ilfov i-a adresat o singură solicitare de clarificare, care a cuprins o singură întrebare - cerință de clarificare.

În cadrul solicitării de clarificare, autoritatea contractantă i-a solicitat contestatoarei prezentarea punctului de vedere cu privire la „1. Protecția Incineratorului mobil - împotriva intemperiilor și antiefracție, respectiv Incineratorul mobil (tot ansamblul) să fie adăpostit și protejat într-un container mobil”.

Însă din analiza documentației de atribuire, cu precădere a caietului de sarcini, printre cerințele exprese ale caracteristicilor incineratorului mobil nu se regăsește o cerință expresă ca acesta să fie adăpostit și protejat într-un container mobil. Acest lucru a fost deja învederat autorității contractante pe calea răspunsului la solicitarea de clarificare comunicat sub nr. 385/30.08.2019, contestatoarea demonstrând că o atare cerință nici nu este practică, dar nici utilă raportat la celelalte specificații solicitate și raportat la necesitatea asigurării unei flexibilități în operare.

În realitate, prin solicitarea de clarificare, autoritatea contractantă a procedat la o veritabilă modificare a cerinței tehnice inițiale prin introducerea unei condiții excesive și suplimentare față de cele prevăzute în caietul de sarcini. Este foarte probabil ca în procesul de evaluare a îndeplinirii de către SC ... SRL a cerinței privind protecția incineratorului mobil, autoritatea contractantă să fi făcut aplicarea acestei noi cerințe.

Or, potrivit unei decizii a Consiliului, „[...] Autoritatea încearcă să justifice decizia de respingere a candidaturii invocând nerespectarea unor cerințe care nu au fost prevăzute în anunțul de participare și în documentația de atribuire. Cerințele din anunțul de participare și în documentația de atribuire sunt obligatorii atât pentru candidați, atunci când își întocmesc candidatura, cât și pentru autoritate, atunci când evaluează candidaturile. În speță, autoritatea justifică descalificarea candidaturii (...) pe temeiul nerespectării unor cerințe neprevăzute inițial în anunțul de participare și în documentația de atribuire. În realitate, cerința privind experiența este general formulată, făcând trimitere la "(—)", formulare din care nu rezultă că autoritatea ar impune cerințe cu privire la diferitele tehnologii sau alte mecanisme/operațiuni detaliate care ar trebui respectate de candidați"

În același context, și în jurisprudența Curții de la Luxemburg s-a reținut constant care sunt obligațiile autorității contractante în ipoteza solicitării de clarificări, astfel: „[...] *În cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune autoritatea contractantă revine acesteia din urmă sarcina de a trata diferenții candidați 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 care au făcut obiectul acestei solicitări*".

Mai mult, în jurisprudența sa, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că autoritatea adjudecatoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri. Principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire să beneficieze de aplicarea acelorași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Separat, într-o altă decizie de admitere a Consiliului, se prevede expres faptul că „[...] *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 deduse din context de autoritate, care ar defavoriza un ofertant cum este (...SRL) în speță, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a-și demonstra cu claritate și în cunoștință de cauză conformitatea ofertei*".

Potrivit aceleiași decizii, „[...] *autoritatea trebuie să demonstreze că ofertantul nu poate asigura îndeplinirea contractului la parametrii cantitativi și calitativi solicitați prin caietul de sarcini. În acest sens, apreciază că, pentru respingerea ofertei, diferențele de consum sesizate nu sunt suficiente prin ele însele, legiuitorul impunând pe lângă aceasta și condiția ca ofertantul să nu poată asigura executarea corespunzătoare a contractului în forma în care și l-a asumat prin oferta depusă.*" Totodată, în cuprinsul aceleiași decizii se menționează că „[...] *orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, [...] iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evoluări obiective a ofertei*".

Contestatoarea învederează că și-a îndeplinit obligațiile în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, luând în considerare cerințele autorității contractante, prezentând o ofertă conformă bazată pe experiența proprie și raportată întocmai la cerințele caietului de sarcini.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu poate contrazice soluția propusă SC ... SRL în propria ofertă, respectiv modul de protecție al incineratorului mobil, bazându-se pe aprecieri subiective, în condițiile în care a acordat libertate operatorilor economici în a prezenta o modalitate proprie de protecție a incineratorului mobil împotriva intemperiilor și antiefracției.

Referitor la cerința privind „Protecția împotriva intemperiilor și antiefracție, respectiv Incineratorul mobil (tot ansamblul) să fie adăpostit și protejat într-un container mobil”, contestatoarea prezintă următoarele argumente care arată motivele pentru care soluția suplimentară impusă de autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificare nu este una corectă și conformă cu caietul de sarcini:

1. „Prelata impermeabilă și rezistentă la intemperii și radiații UV” pe care a oferit-o contestatoarea este montată pe un cadru metalic și se așează pe baza structurii instalației de incinerare (ca o cupolă), asigurând protecție pe 5 laturi (4 laterale și tavan). Aceasta este impermeabilă și protejează de efectul apelor meteorice toată instalația de incinerare, inclusiv accesoriile acesteia.

În plus, în partea superioară (respectiv pe toate părțile laterale) se află amplasate grile de ventilare naturală care, împreună cu prizele de admisie aer proaspăt din baza structurii incineratorului asigură tiraj natural și produce ventilarea incineratorului (prin „efect de horn”), protejând astfel împotriva acțiunii directe a ploii. În acest fel se evită formarea condensului, care, datorită variațiilor mari de temperatură (între zi/noapte și iarnă/vară), ar conduce la degradarea vopselei și a altor părți componente ale incineratorului. Cadrul este o cupolă independentă, cu structura metalică proprie, auto-portantă, care acoperă incineratorul și se manevrează cu macaraua utilizată la așezarea incineratorului pe poziția de lucru, fără operațiuni de ansamblare care să necesite personal specializat.

Contestatoarea susține că a adoptat această soluție practică întrucât prelata impermeabilă nu se poate instala direct pe carcasa incineratorului, întrucât, ca urmare a procesului de incinerare, aceasta se încălzește, iar răcirea se produce în timp relativ îndelungat (48 ore), ceea ce ar impune staționarea incineratorului în locație pe această durată. Montajul în cadru metalic asigură distanțe de siguranță între prelata impermeabilă și pereții incineratorului, atât pentru a asigura ventilația naturală împotriva condensului, cât și pentru a permite montarea cadrului de protecție fără a mai aștepta răcirea completă a incineratorului.

Acest cadru este gândit în vederea transportului așa cum a fost precizat în răspunsul la solicitarea de clarificare, respectiv:

„- cadru de închidere exterior dotat cu ochiuri de agățare și ochiuri ancorare în vederea amplasării pe platformă auto;”.

2. Montarea într-un container creează problema condensului, deoarece containerul este etanș și nu permite o ventilare naturală. Acest fenomen este cauzat de temperatura rece (e.g., în timpul nopții) când

Întregul ansamblu se va răci în funcție de temperatura mediului exterior și umezeala va condensa pe pereții interiori ai containerului; în acest caz, pereții se răcesc înaintea incineratorului, fiind în contact direct cu aerul rece.

La creșterea temperaturii ambiente (e.g., dimineața) pereții containerului se vor încălzi tot primii, iar umezeala depusă pe carcasa interioară a acestora se evaporă și condensează pe structura metalică a incineratorului; în acest caz incineratorul nu se încălzește în același ritm cu carcasa containerului. Acest condens ar fi apărut în mod repetat, ar fi acumulat în timp apă (în special în zonele cu concavități ale structurii incineratorului) care va afecta acele părți. Așadar, soluția de a monta incineratorul în container nu rezolvă problema condensului.

3. Similar, la niciuna dintre procedurile de achiziție lansate (inclusiv recent) de alte Direcții Sanitare Veterinare din România având ca obiect achiziția unui „incinerator mobil” nu a fost solicitată amplasarea incineratorului într-un container mobil, cel mai probabil având la bază argumentele expuse mai sus.

4. Din experiența similară a contestatoarei, soluția ventilării naturale a incintei (astfel cum a fost descrisă mai sus), a fost aplicată constant pentru produsele de tip termostate de laborator, cu privire la care deținem o experiență de producție de mai bine de 20 de ani. Acestea sunt produse certificate și se află în exploatare în rețeaua Ministerului Sănătății, cât și a clinicilor de analiză medicale. În cazul acestor produse, utilizarea soluției contestatoarei a avut ca rezultat împiedicarea apariției condensului.

5. Cu privire la protecția antiefracție, toate elementele susceptibile de a fi distruse sau sustrate sunt protejate cu capace metalice, asigurate prin soluția propusă de contestatoare în răspunsul la solicitarea de clarificare, respectiv:

*„- utilizarea capacelor de închidere în zona arzătoarelor;
- utilizarea capacelor de închidere în zona ușilor de golire a cenușii;
- acoperire cu tablă și uși de acces la sistemul de acționare al ușii;
- închiderea platformei cu accesorii (trusa piesă de schimb, rezervoare de motorină, generatoare de curent etc.) cu cadru metalic, tablă și uși de acces”.*

Având în vedere considerentele de mai sus, contestatoarea învederează că este în conformitate cu cerințele din caietul de sarcini și rezolvă la un nivel tehnic superior problemele care pot apărea în exploatare.

Contestatoarea subliniază faptul că soluția detaliată în cadrul ofertei și rezumată mai sus, este una eficientă, asigurând incineratorul împotriva efracției, ruginii, condensului și nu necesită pază.

În consecința acestor argumente, contestatoarea solicită să se constate că decizia autorității contractante este nelegală și deopotrivă neîntemeiată.

Contestatoarea invocă, totodată, nelegalitatea și netemeinicia raportului procedurii prin raportare la cerințele documentației de atribuire precum și nelegalitatea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Având în vedere conformitatea ofertei sale, prin raportare la cerințele documentației de atribuire, contestatoarea solicită să se constate nelegalitatea deciziei autorității contractante de anulare a procedurii de atribuire.

Pe cale de consecință, se solicită să se constate că în caietul de sarcini nu este prevăzută niciunde formularea „*incineratorul mobil (tot ansamblul) să fie adăpostit și protejat într-un container mobil*”. Această cerință a fost adăugată de autoritatea contractantă pe calea solicitării de clarificare, astfel încât, autoritatea contractantă este obligată la reluarea procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei SC SRL în acord cu cerințele inițiale ale documentației de atribuire/caietului de sarcini.

Contestatoarea invocă totodată și nelegalitatea răspunsului autorității contractante privind refuzul acordării accesului la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 111644/11.10.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 40811/14.10.2019 SC SRL învederează faptul că a inițiat la data de 10.10.2019 o nouă procedură de atribuire având același obiect și aceeași valoare estimată cu obiectul din cadrul procedurii inițiale, conform anunțului de participare nr.

Contestatoarea susține că în procedura inițiată la data de 10.10.2019, cerința de a prezenta un container metalic devine factor de evaluare, iar neîndeplinirea acestui criteriu va determina aplicarea punctajului zero pentru întreaga ofertă.

Operatorii economici participanți la procedura de atribuire inițială nu au înțeles că ar trebui să aducă un astfel de container (metalic/mobil), având în vedere lipsa unei astfel de cerințe clare, exprese, ceea ce a condus la nemulțumirea nejustificată a autorității contractante cu privire la ofertele depuse și declararea acestora ca fiind neconforme. Or, în eventualitatea în care ar fi considerat acest criteriu ca fiind unul esențial pentru atribuirea contractului în procedura inițială, ar fi trebuit să îl indice în cadrul documentației de atribuire din procedura inițială sub forma unei cerințe exprese.

În acțiunile întreprinse de pe parcursul procedurii inițiale, prin anularea acesteia, refuzul de a primi contestația precum și prin inițierea noii proceduri în condiții identice și inserarea cerinței de a prezenta un container metalic, autoritatea contractantă a demonstrat o vădită rea-credință în raport cu oferta contestatoarei.

De asemenea, contestatoarea arată că în noua procedură, în fișa de date a achiziției, în secțiunea II.2.5 Criterii de atribuire, la Algoritmul de calcul este precizat expres că *Deținerea unui container metalic astfel încât incineratorul mobil să fie protejat antiefracție și ferit de intemperii – 10 puncte. Oferta fără deținerea acestui container metalic va fi punctat cu zero puncte.*

Apare astfel inexplicabil cum aceeași autoritate contractantă, în procedura inițială, nu a prevăzut ca incineratorul să fie amplasat într-un container, dar a respins oferta depusă de SC SRL ca fiind neconformă în lipsa deținerii unui astfel de container, iar în noua procedură a prevăzut ca incineratorul să fie amplasat într-un container cu sancțiunea unei depuneri cu 10 puncte a ofertei depusă fără deținerea unui container.

Autoritatea contractantă a transmis un set de documente din cadrul dosarului achiziției necesare soluționării cauzei, cu adresa de înaintare nr. 19282/28.10.2019 înregistrată la Consiliu sub nr. 43464/29.10.2019 iar ulterior a transmis punctul de vedere înregistrat la Consiliu sub nr. 44846/05.11.2019 cu privire la contestația formulată de către SC ... SRL.

Autoritatea contractantă menționează că, întrucât incineratorul mobil va trebui depozitat pe termen lung în spații deschise, pentru protejarea antiefracție precum și evitarea devalorizării și denaturării datorită intemperiilor ce pot afecta funcționarea instalației, este necesar ca incineratorul mobil să fie depozitat într-un container mobil.

Prelata din pvc cu inserții textile, impermeabilă, rezistentă la intemperii și radiații UV, este recomandată pentru o durată scurtă de timp.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă apreciază că ofertele depuse în cadrul ofertei nu îndeplinesc necesitățile cu privire la protejarea incineratorului mobil.

Prin adresa nr. 112081/06.11.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 45015/06.11.2019, SC SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei în care reiterează cele precizate în cadrul contestației.

De asemenea, mai subliniază faptul că nici în caietul de sarcini, dar nici în procesul verbal de evaluare a ofertelor tehnice nr. 2/16.09.2019 (punctele 12 și 13, fila 31 din dosarul constituit la CNSC) nu este menționată necesitatea asigurării protecției împotriva intemperiilor, respectiv protecția antiefracție prin inserarea incineratorului într-un container mobil. Această cerință nu a fost stipulată expres în documentația de atribuire, ci exclusiv pe calea solicitării de clarificări nr. 1/22.08.2019 adresată Caloris Group.

În al doilea rând, poziția SC SRL este confirmată implicit de răspunsul ... SRL nr. 1044/28.08.2019 la solicitarea de clarificări a nr. 1/22.08.2019. Și acest operator economic a indicat în răspunsul său la solicitarea de clarificări adresată de autoritatea contractantă că această cerință, a containerului mobil, nu se regăsește în caietul de sarcini, precizând, totodată, faptul că, raportat la caracteristicile și dimensiunile incineratorului, această soluție nu este una fezabilă.

În al treilea rând, raportat inclusiv la răspunsul DSVSA nr. 19282/28.10.2019, contestatoarea învederează următoarele:

1. Montarea incineratorului într-un container închis etanș nu este o soluție posibilă tehnic, întrucât, la o instalație care se dorește a fi încărcată pe sus (conform cerinței caietului de sarcini), ar trebui ca partea superioară a incineratorului să fie accesibilă, fapt pentru care, în momentul utilizării, containerul ar trebui decopertat. Acest fapt ar presupune ca acest container să poată fi demontat, atât în partea superioară, pe unde s-ar efectua încărcarea, cât și în lateral, unde ar fi necesară igienizarea.

Demontarea este o operațiune complexă, care necesită personal de specialitate și echipamente corespunzătoare; orice operațiune de demontare efectuată eronat ar pune în pericol atât circulația pe drumurile publice, cât și utilajul și personalul de deservire, existând riscul dezmembrării în timpul transportului.

În plus, introducerea incineratorului într-un container care să nu fie demontabil, ar impune necesitatea existenței unor spații de circulație perimetrale, de minim 80 cm pe fiecare latură, pentru accesul unei persoane necesar în vederea igienizării incineratorului. În acest caz, din lățimea maxim disponibilă de 2,55 m care permite circulația fără autorizații speciale pe drumurile publice, scăzând cele două spații de circulație de 0,8 m, câte unul pe fiecare parte, ar mai rămâne efectiv 0,95 m pentru instalația de incinerare.

Scăzând apoi minim 0,25 m pe fiecare latură a incineratorului (izolația și structura de rezistență a acestuia) ar rămâne un spațiu disponibil de 0,45 m pentru camera de ardere, spațiu total insuficient pentru distrugerea unei cantități mari de deșeuri în cadrul procesului de ardere.

Or, acest punct de vedere este confirmat și de competitorul contestatoarei la pct. 3 din cadrul răspunsului său, conform celor precizate mai sus.

2. Având în vedere dimensiunile de gabarit, greutatea, cerințele de „funcționare non-stop”, alimentare „pe sus”, încărcarea pe verticală, specificații exprese indicate în caietul de sarcini, solicitarea nouă a autorității contractante de a depozita incineratorul într-un container mobil, etanș, este o soluție care nu se aplică nici în cazul producătorului de instalații de incinerare din România (Caloris Group) și nici al ofertantului competitor, Bentley Industry.

Prelata din PVC cu inserție textilă, impermeabilă, rezistentă la intemperii și radiații UV este soluție testată și fiabilă utilizată în industria auto (platforme tip trailer), iar producătorii unor astfel de materiale, de calitate superioară, garantează aceste protecții pe termen lung (având în vedere perioada de garanție și fișa de securitate a materialului utilizat).

Aceasta a fost și este soluția practică de SC SRL (dar și de alți producători/importatori de incineratoare) în toate procedurile derulate/în derulare de alte direcții sanitare veterinare, fiind o soluție fezabilă și acceptată de celelalte autorități contractante.

Ca o consecință negativă a soluției cerute de, în lipsa unei ventilații naturale, depozitarea într-un container metalic etanș ar putea favoriza apariția condensului și a coroziunii în spații închise.

În schimb, soluția propusă de ambii ofertanți participanți la prezenta procedură, care implică utilizarea foliei de PVC, montată pe un cadru metalic care se poate monta și demonta ca un ansamblu, permite o ventilație naturală ce elimină acumulările de vapori de apă în spații închise, datorate variațiilor de temperatură. Astfel, prin perforarea foliei de PVC (astfel cum va fi cazul) se asigură o ventilație naturală, care nu va permite acumularea de vapori de apă care pot conduce la producerea coroziunii.

În procedura inițială, autoritatea contractantă nu a prevăzut ca incineratorul să fie amplasat într-un container, dar a respins oferta depusă de SC SRL ca fiind neconformă în lipsa deținerii unui astfel de container, iar în noua procedură, a prevăzut ca incineratorul să fie amplasat într-un container cu sancțiunea unei depuneri cu 10 puncte a ofertei depuse fără deținerea unui container.

Pentru toate argumentele expuse, contestatoarea invocă necesitatea obligării autorității contractante la o reevaluare a ofertelor depuse în prezenta procedură în conformitate cu cerințele inițiale ale documentației de atribuire, raportat implicit la consecințele negative care decurg din impunerea (în mod nelegal) a unei soluții nefezabile din punct de vedere tehnic.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

...., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă privind atribuirea contractului de furnizare având ca obiect „Incinerator mobil”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr., valoarea estimată a procedurii fiind de 1.512.605 lei.

Potrivit raportului procedurii nr. 17227/16.09.2019, în cadrul procedurii de atribuire au fost depuse două oferte, care au fost evaluate din punct de vedere tehnic potrivit procesului-verbal nr. 2/16.09.2019, fiind considerate neconforme pe motiv că nu satisfac cerințele caietului de sarcini, autoritatea reținând că pentru depozitarea pe termen lung și pentru evitarea devalizării și denaturării ca urmare a intemperiei este necesar ca incineratorul să fie depozitat într-un container mobil. Prelata PVC cu inserție textilă, impermeabilă, rezistentă la intemperii și radiații UV este recomandată pentru o durată scurtă de timp (de ordinul zilelor).

Ca urmare a acestui rezultat, a formulat contestație împotriva rezultatului procedurii SC ... SRL, criticând decizia autorității contractate de respingere a ofertei sale și de anulare a procedurii din mai multe perspective, respectiv nemotivarea sa, refuzul punerii la dispoziție a dosarului achiziției publice, încălcarea principiului egalității de tratament, cele mai multe dintre argumentele sale fiind unele de ordin general, fără legătură cu elementele de fapt ale cauzei.

După depunerea contestației la Consiliu, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 30.253 lei, prin recipisa de consemnare nr. 205774922/1/01.10.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala Victoria.

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că circumstanțele de fapt, pe scurt, sunt următoarele:

Autoritatea contractantă a solicitat în documentația de atribuire un incinerator mobil, cu anumite specificații tehnice, printre care și cele referitoare la protejarea împotriva intemperiei și protecția antiefracție. În etapa verificării propunerilor tehnice, autoritatea contractantă a constatat că incineratoarele nu sunt protejate antiefracție și antiintemperii, solicitând operatorilor clarificări. În ceea ce privește îndeplinirea respectivelor cerințe, ambii operatori economici au răspuns în aceeași manieră, în sensul că asigură prelată impermeabilă dotată cu sistem de

fixare rezistent la intemperii, inclusă, iar în ceea ce privește protecția antiefracție, contestatoarea a răspuns în sensul că dulapurile cu accesorii sunt închise cu lacăt, iar, cea de-a doua ofertantă, a răspuns că există capace de închidere în zona arzătoarelor și a ușilor de golire, că dulapurile cu accesorii sunt închise cu cadru metalic, table și uși de acces.

Constatând că măsurile de siguranță sunt insuficiente, considerând necesar un container închis, autoritatea a luat decizia anulării procedurii de atribuire.

Aceasta fiind speța în fapt, elementul de dispută între părți are în vedere dreptul autorității contractante de a-și anula propria procedură în situația în care constată că soluțiile tehnice adoptate de operatorii economici pentru asigurarea utilajului antiefracție și antiintemperii nu sunt suficiente, mai cu seamă că documentația de atribuire nu prevede modalitatea de securizare a instalației. Deci, speța aflată în dezbateră Consiliului comportă două soluții posibile, respectiv obligarea autorității contractante de a achiziționa un utilaj care nu răspunde necesităților sale, este adevărat, insuficient detaliate în documentația de atribuire, sau menținerea măsurii anulării procedurii astfel încât autoritatea să aibă posibilitatea de a-și revizui documentația de atribuire pentru ca aceasta să corespundă mai bine necesităților sale.

Consiliul reține că documentația de atribuire nu cuprinde specificații referitoare la existența unui container închis, ci doar cele referitoare la protejarea împotriva intemperiilor și protecția antiefracție. Cu toate acestea, Consiliul reține că autoritatea contractantă în mod corect a decis că ofertele depuse nu îndeplinesc respectivele specificații, mai cu seamă că incineratoarele vor fi transportate în diverse locații unde apar focare de pestă porcină, fiind imposibilă păzirea incineratorului acoperit de o prelată. Astfel, măsura anulării procedurii este una corectă, necesitatea autorității fiind în sensul prezentării unor incineratoare aflate în incinte închise mobile.

Este cert că măsura anulării procedurii nu are cum să conducă la încălcarea principiului egalității de tratament, așa cum susține contestatoarea, din moment ce aceasta produce aceleași efecte pentru orice ofertant, fiind anulată atât pentru SRL, cât și pentru contestatoare.

Consiliul reține că motivarea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, respectiv comunicarea rezultatului procedurii cuprinde o singură frază, respectiv că nu respectă specificațiile tehnice. Cu toate acestea, raportul procedurii a fost încărcat în SEAP, iar motivarea din conținutul său este una suficient de detaliată, dovadă fiind depunerea prezentei contestații motivată pe larg în ceea ce privește motivul de respingere a ofertei, respectiv inexistența unui container mobil, în condițiile în care ea nu a fost solicitată expres prin documentația de atribuire. Dacă societatea contestatoare nu cunoștea motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, nu ar fi dezbătut la paginile 8-12 aspectele vizând nelegalitatea și netemeinicia deciziei de respingere a ofertei prin raportare la prevederile documentației de atribuire.

În raport cu aceste critici ale contestatoarei, Consiliul reține că în orice procedură de atribuire, primordială este necesitatea autorității

contractante. Fără a exista o necesitate obiectivă a acesteia, nu există o procedură de atribuire. Deci, în organizarea unei proceduri de atribuire, autoritatea contractantă își identifică necesitatea, stabilește cerințele de calificare și specificațiile tehnice și apoi invită operatorii la competiție. În stabilirea specificațiilor tehnice, autoritatea contractantă trebuie să țină seama nu numai de parametrii calitativi funcționali principali ai instalației, ci și de condițiile concrete în care aceasta va funcționa. Practica Consiliului și a instanțelor naționale și europene invocată de contestatoare este inadecvată cauzei, neavând nimic în comun cu aceasta, bazându-se, în principal, pe considerente de ordin general în care autoritatea ar fi încălcat principiile achizițiilor publice în defavoarea unui operator economic. În cazul de față, așa cum s-a arătat, utilajul respectiv va fi folosit nu la sediul autorității contractante sau în alt spațiu aparținând acesteia, ci va fi transportat în locurile unde există focare de pestă porcină sau alte epidemii, posibil în câmp deschis, în zone cu infraționalitate ridicată etc, unde prelata nu îl poate proteja de intemperii, în situația în care va dispărea cu totul, după cum nu va fi protejat nici antiefracție, în lipsa unor sisteme de siguranță complexe.

Verificând propunerea tehnică a contestatoarei, Consiliul reține că aceasta are ca obiect un incinerator mobil concepție proprie, proiectat și executat de contestatoare. Explicațiile contestatoarei referitoare la protecția antiefracție atât din contestație, cât și din documentația aflată la dosar, nu lămurește în niciun fel cum asigură integritatea întregului sistem, nu numai al pieselor de schimb, de pildă al rezervorului de motorină, al conținutului lui etc, în situația în care, așa cum s-a arătat, el nu va funcționa la sediul autorității, pentru a fi păzit permanent.

Chiar dacă societatea contestatoare susține că soluția tehnică a introducerii incineratorului într-un container nu este una posibilă, deoarece se creează condens, Consiliul consideră că asemenea afirmație este fără suport tehnic, din moment ce nimic nu o împiedică pe contestatoare, în calitate de proiectant și producător, să conceapă un sistem de siguranță care să asigure, în același timp, ventilația pe timpul funcționării, cât și în stare de nefuncționare.

Este adevărat că autoritatea contractantă nu a prevăzut în documentația de atribuire soluția tehnică de asigurare antiefracție prin introducerea incineratorului într-un container, dar o astfel de lipsă a documentației, în măsura în care ar face bunul inadecvat scopului urmărit de achiziție și condițiilor concrete de funcționare, în situația deteriorării și descompletării sau vandalismului, ar fi de natură să conducă ea însăși la anularea procedurii, în condițiile art. 212 alin. (1) lit. c) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Autoritatea contractantă dorește, așa cum arată pe parcursul procedurii de atribuire, un bun care să fie folosit pe o perioadă mai lungă de timp. Chiar dacă a solicitat ca bunul să poată fi utilizat în condiții de vânt, frig, ploaie, intemperii, acest lucru nu înseamnă că nu a solicitat protecție împotriva acestor fenomene, solicitarea din documentație fiind expresă. Prin urmare, în măsura în care necesitatea obiectivă a autorității contractante este în sensul achiziționării unui bun aflat într-un container, pentru a fi protejat antiefracție și antiintemperii, atribuția Consiliului nu este aceea de a schimba necesitatea acesteia, în

sensul achiziționării unui incinerator neprotejat antiefracție și antiintemperii, doar pentru simplul motiv că operatorii au apreciat ca suficientă o prelată.

Consiliul reține că afirmația autorității contractante conform căreia prelata este o soluție provizorie, și nu pentru toată perioada de viață a incineratorului, este una validă, de bun simț, nefiind combătută de operatorii. Nimic din conținutul ofertei nu demonstrează că, anume, va rezista o prelată sau dacă va fi schimbată gratuit în perioada de garanție sau și postgaranție sau în situația vandalizării acesteia.

Astfel, argumentul contestatoarei conform căruia „Prelata impermeabilă și rezistentă la intemperii și radiații UV” pe care a oferit-o este montată pe un cadru metalic și se așează pe baza structurii instalației de incinerare (ca o cupolă), asigurând protecție pe 5 laturi (4 laterale și tavan), că este impermeabilă și protejează de efectul apelor meteorice toată instalația de incinerare, inclusiv accesoriile acesteia, pe când soluția suplimentară impusă de autoritatea contractantă prin solicitarea de clarificare, respectiv container, nu este una corectă și conformă cu caietul de sarcini - este unul invalid, chiar contestatoarea aducând argumente în acest sens. Astfel, aceasta arată că prelata protejează de efectul apelor meteorice toată instalația de incinerare, inclusiv accesoriile acesteia, aspect care arată că aceste instalații și accesorii sunt expuse la intemperii, în lipsa prelatei. Prin urmare, dacă prelata este sustrasă sau se deteriorează, instalațiile și accesoriile rămân expuse. Totodată, dacă soluția containerului nu este reglementată în caietul de sarcini, conform susținerilor contestatoarei, nici cea a prelatei nu este reglementată. Față de aceste raționamente, Consiliul reține că interesul public primează, respectiv achiziționarea unui bun protejat, pentru a putea fi folosit eficient cât mai mult timp.

În ceea ce privește argumentul contestatoarei potrivit căruia în partea superioară (respectiv pe toate părțile laterale) se află amplasate grile de ventilare naturală care, împreună cu prizele de admisie aer proaspăt din baza structurii incineratorului asigură tiraj natural și produce ventilarea incineratorului (prin „efect de horn”), protejând astfel împotriva acțiunii directe a ploii, evitându-se formarea condensului, care, datorită variațiilor mari de temperatură (între zi/noapte și iarnă/vară), ar conduce la degradarea vopselei și a altor părți componente ale incineratorului, nici acest argument nu este unul fără soluție, mai cu seamă că societatea contestatoare în calitate de proiectant și fabricant, poate să asigure soluții adecvate de ventilare și în cazul montării incineratorului în interiorul unui container.

Indiferent de performanțele cadrului de prindere a prelatei, aceasta rămâne tot o prelată expusă furtului sau deteriorării intenționate sau accidentale.

Consiliul nu va reține nici argumentul contestatoarei potrivit căruia alte direcții sanitar-veterinare din România care au achiziționat un incinerator mobil nu au solicitat amplasarea incineratorului într-un container mobil, fiind lipsite de relevanță, fiecare autoritate având dreptul să își stabilească necesitatea cum dorește.

Consiliul nu va reține nici argumentul experienței similare a contestatoarei despre care susține că soluția a fost aplicată constant pentru produsele de tip termostate de laborator, care se află în exploatare în rețeaua Ministerului Sănătății, cât și a clinicilor de analiză medicale, având în vedere că acestea funcționează în locații fixe, păzite, nefiind necesară protejarea lor specială.

Cu privire la protecția antiefracție, contestatoarea arată că toate elementele susceptibile de a fi distruse sau sustrase sunt protejate cu capace metalice, asigurate prin soluția propusă de contestatoare în răspunsul la solicitarea de clarificare, respectiv:

„- utilizarea capacelor de închidere în zona arzătoarelor;

- utilizarea capacelor de închidere în zona ușilor de golire a cenușii;

- acoperire cu tablă și uși de acces la sistemul de acționare al ușii;

- închiderea platformei cu accesorii (trusa piesă de schimb, rezervoare de motorină, generatoare de curent etc.) cu cadru metalic, tablă și uși de acces”, astfel că soluția detaliată în cadrul ofertei și rezumată mai sus, este una eficientă, asigurând incineratorul împotriva efracției, ruginii, condensului fără a necesita pază. Consiliul nu va reține ca relevante argumentele respective, din moment ce nu există niciun fel de dovezi care să arate cum, anume, se închid capacele și cadrele respective și cum sunt asigurate. Schițele prezentate nu demonstrează siguranța incineratorului, iar autoritatea contractantă era îndreptățită să anuleze procedura pentru a prevedea o soluție tehnică concretă, respectiv includerea incineratorului într-un container.

Față de situația concretă a procedurii în cauză, Consiliul reține că soluția anulării din proprie inițiativă de către autoritatea contractantă este în acord cu prevederile art. 212 din Legea nr. 98/2016: „(1) Autoritatea contractantă are obligația de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru în următoarele cazuri:

a) dacă nu a fost depusă nicio ofertă/solicitare de participare sau dacă **nu a fost depusă nicio ofertă admisibilă;**

c) dacă încălcări ale prevederilor legale afectează procedura de atribuire sau dacă este imposibilă încheierea contractului (...).

(2) În sensul dispozițiilor alin. (1) lit. c), **prin încălcări ale prevederilor legale se înțelege situația în care, pe parcursul procedurii de atribuire, se constată erori sau omisiuni**, iar autoritatea contractantă se află în imposibilitatea de a adopta măsuri corective fără ca aceasta să conducă la încălcarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2).

Deci, chiar în situația în care autoritatea contractantă ar fi reținut ca temei al anulării procedurii încălcări ale legii, erori și omisiuni din cadrul documentației de atribuire, soluția anulării procedurii este corectă, iar situația ofertantei nu s-ar fi schimbat.

În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la nepunerea la dispoziție a dosarului achiziției publice în ceea ce privește motivele de respingere a ofertei sale, Consiliul reține că nu i s-a produs niciun prejudiciu contestatoarei, din moment ce unicul motiv de respingere este cel analizat de Consiliu. Astfel, și după studierea dosarului achiziției,

contestatoarea nu a adus alte argumente referitoare la respingerea ofertei sale. După cum se poate remarca, raportul procedurii cuprinde motivul de respingere al ofertei, ori acesta i-a fost pus la dispoziție contestatoarei, dovadă fiind motivarea contestației. Față de cele constatate, Consiliul reține că societatea contestatoare nu a făcut dovada existenței vreunei vătămări ca urmare a nepunerii la dispoziție a dosarului achiziției publice de către autoritatea contractantă.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu

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

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

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

MEMBRU,

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