CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 2476/14.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6182/14.02.2018, depusă de către ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ... reprezentată convenţional de Cabinet de ... formulată împotriva procedurii de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Polielectrolit pentru deshidratarea nămolului şi polielectrolit pentru îngroşarea nămolului activ exces”, organizată de către ... în calitate de entitate contractantă, cu sediul în ... s-a solicitat:
- anularea clarificării nr. 5 (nr. 2417/DG/SA) din data de 29.01.2018, a tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum şi a tuturor actelor subsecvente, şi pe cale de consecinţă, în temeiul art. 26 alin. (7) din Legea nr. 101/2016,
- anularea procedurii de atribuire.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 2476/14.02.2018, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 6182/14.02.2018, SC ... SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică răspunsul entităţii contractante dat prin clarificarea nr. 5 (nr. 2417/DG/SA) din 29.01.2018 la solicitarea de clarificări nr. 1753 înaintată acesteia în data de 26.01.2018.

Contestatoarea menţionează că prin această clarificare, entitatea contractanta a refuzat:

- asigurarea accesului tuturor ofertanţilor la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat;

- efectuarea analizelor la un laborator terţ independent;

- comunicarea rezultatelor analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul staţiei de epurare şi la nivelul registrelor staţiei, precum şi a valorilor înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize.

Clarificarea a fost emisă cu încălcarea flagrantă a art. 172 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care reglementează expressis verbis obligaţia entităţii contractante de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depăşească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic.

Prin clarificarea formulată, entitatea contractantă nu a justificat în niciun fel refuzul de a asigura prezenţa tuturor ofertanţilor la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat, de a efectua analizele la un laborator terţ independent şi de a comunica rezultatele analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul staţiei de epurare şi la nivelul registrelor staţiei, precum şi valorile înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize. Astfel, prin clarificarea formulată, entitatea contractantă a încălcat şi obligaţia generală esenţială de a asigura o informare completă, corectă şi explicită a operatorilor economici cu privire la procedura de achiziţie.

Refuzul de a da curs solicitărilor contestatoarei fără a oferi o minimă justificare în acest sens, contravine în mod flagrant şi cerinţelor de claritate şi transparenţă care guvernează întregul proces de achiziţie sectorială.

Astfel de răspunsuri ale autorităţilor contractante au fost sancţionate şi în jurisprudenţa anterioară a Consiliului, potrivit căreia:

Consiliul constată că răspunsurile "tip", în mare parte, utilizate de autoritatea contractantă pentru majoritatea întrebărilor ce i-au fost adresate, aşa cum au fost reformulate, nu respectă dispoziţiile legale anterior citate, fiind incomplete şi neclare. [...]. Indiferent din ce categorie faceau parte specificaţiile de mai sus, autoritatea contractantă avea obligaţia de a răspunde clar, complet şi fără ambiguităţi tuturor solicitărilor de clarificări pentru a se asigura că va primi oferte ce îi vor satisface necesitățile.

Mai mult, refuzul entităţii contractante din clarificare este profund neîntemeiat.

Prin clarificare, entitatea contractantă a refuzat acordarea accesului tuturor ofertanţilor la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat şi, pe cale de consecinţă, eliminarea menţiunii din caietul de sarcini (pct. 12), astfel cum a fost acesta modificat, în sensul în care: *În vederea protejării confidentialităţii propunerilor tehnice, nu este permis accesul ofertanţilor*

la alte teste decât cele pentru stabilirea consumurilor propriilor polielectroliţi ofertaţi.

Prin Decizia Consiliului nr. ..., Consiliul a reţinut că nu se poate acorda în mod automat accesul tuturor ofertanţilor la toate testările organizate de entitatea contractantă în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat, în considerarea dreptului legal al ofertanţilor de a-şi declara propunerile tehnice drept confidenţiale, astfel:

Criticile aduse cu privire la refuzul entităţii contractante de a acorda accesul oricărui operator economic interesat de procedură, la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat şi comunicarea programului de efectuare a testelor vor fi respinse de către Consiliu.

În luarea deciziei reţine că propunerea tehnică a ofertanţilor poate fi declarată confidenţială, iar entitatea contractantă este obligată, potrivit art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, iar membrii comisiei de evaluare şi experţii cooptaţi sunt de asemenea ţinuţi de caracterul confidenţial "asupra conţinutului ofertelor/solicitărilor de participare, precum şi asupra oricăror alte informaţii prezentate de către candidaţi/ofertanţi în procedura de atribuire, potrivit art. 135 alin. (2) din HG nr. 394/2016.

În punerea în aplicare a Deciziei Consiliului, entitatea contractantă a refuzat *de plano* accesul tuturor ofertanţilor la alte teste decât cele pentru stabilirea consumurilor propriilor polielectroliţi, şi nu doar la testările produselor pentru care ofertanţii au declarat propunerile tehnice confidenţiale, astfel cum a dispus Consiliul prin decizia antecitată.

Or, legislaţia în materia achiziţiilor sectoriale nu stabileşte o prezumţie de confidenţialitate a tuturor informaţiilor din cadrul procedurilor de achiziţie. Din contră, dosarul achiziţiei sectoriale are caracter de informaţie de interes public, astfel cum rezultă, *exempli gratia*, din art. 70 şi art. 231 alin. (5) din Legea nr. 99/2016.

Confidenţialitatea informaţiilor din cadrul propunerii tehnice este reglementată cu caracter de excepţie, aceasta putând fi invocată doar de ofertanţii care au motivat în mod corespunzător caracterul confidenţial al informaţiilor respective, încă de la depunerea ofertelor (art. 129 alin. (1) din Normele Metodologice).

În acest context, anumite informaţii pot fi considerate confidenţiale şi accesul ofertanţilor la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat poate fi restrâns numai în cazul în care sunt îndeplinite cumulativ condiţiile legale: (i) ofertantul ar fi prevăzut care dintre informaţiile din documentele depuse în cadrul procedurii ar fi confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală; şi (ii) în mod obiectiv, dezvăluirea acestor informaţii ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, astfel cum rezultă din motivarea expusă în cadrul ofertei de operatorul economic.

Or, în mod practic, cea de a doua condiţie de mai sus nu poate fi îndeplinită în prezentul caz, întrucât asigurarea accesului altui ofertant la

testări nu este susceptibilă de a încălca un eventual caracter confidenţial al propunerii tehnice, în condiţiile în care:
- procesul de testare nu are la bază furnizarea de servicii ce ar putea avea un caracter confidenţial;
- produsul urmează a fi utilizat strict de entitatea contractantă, iar nu de către ofertant ulterior, astfel încât să se justifice invocarea unui eventual caracter confidenţial;
- informaţiile din dosarul achiziţiei sectoriale (incluzând rapoartele de încercări), au caracter de informaţie de interes public;
- conform caietului de sarcini, testarea se realizează doar la anumite debite; ceilalţi parametri ce pot fi modificaţi de către ofertanţi sunt concentraţiile şi dozele de polimer, care sunt specifice fiecărui ofertant, dar nu reprezintă elemente cu caracter confidenţial, ci vizează strict eficienţa fiecărui produs în parte.

Or, în absenţa justificării în mod corespunzător a faptului că asigurarea accesului altui ofertant la testări este susceptibilă de a încălca caracterul confidenţial al propunerilor tehnice declarate confidenţiale cu respectarea condiţiilor legale, nu poate fi restricţionat accesul celorlalţi ofertanţi la testări, astfel cum a reţinut Consiliul şi în jurisprudenţa sa constantă (e.g. Decizia publicată sub B02017_4226).

Astfel, restricţionarea automată şi generalizată a accesului la testări încalcă nu doar legislaţia aplicabilă, dar şi Decizia Consiliului, prin care s-a reţinut că este justificată restricţionarea accesului exclusiv la informaţiile care sunt confidenţiale, în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

În vederea asigurării tratamentului egal, dar şi a accesului tuturor ofertanţilor la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscală nămol deshidratat, entitatea contractantă are obligaţia de a transmite ofertanţilor calendarul de testare stabilit pentru toţi ofertanţii, cu respectarea unui termen adecvat şi rezonabil, care să ţină cont de pregătirile necesar a fi îndeplinite de ofertant în acest sens, respectiv cu cel puţin 5 zile lucrătoare înainte de începerea acestora.

Dacă ofertanţii nu vor fi informaţi cu minim 5 zile lucrătoare înainte de începerea testărilor, prezenţa reprezentanţilor ofertanţilor la testări devine extrem de dificilă, având în vedere distanţele considerabile ce trebuie parcurse până la staţia de epurare din Cluj.

Or, doar permiţând tuturor ofertanţilor să fie prezenţi la testări, poate fi verificată corectitudinea procedurii de testare şi respectarea tuturor paşilor din caietul de sarcini, în contextul în care mulţi dintre parametrii importanţi aferenţi procesului de testare sunt susceptibili de a fi uşor influenţaţi (e.g. calibrarea staţiei de polimer, care influenţează drastic consumul, debitele notate ca parametru oficial al testării, spumarea care reprezintă un parametru eliminatoriu). Astfel, este necesar ca în cadrul procesului de testare să participe nu doar entitatea contractantă şi ofertantul, ci şi o terţă parte (i.e. ofertanţii concurenţi), tocmai pentru a se putea asigura în acest mod caracterul obiectiv, transparenţa şi corectitudinea desfăşurării testării.

Prin clarificare, entitatea contractantă a refuzat implementarea măsurilor ce se impun a fi adoptate în vederea asigurării unor testări corecte şi transparente a produselor.

Astfel cum rezultă din prevederile caietului de sarcini, analizele vor fi efectuate de laboratorul entităţii contractante:

Testul privind determinarea consumului specific de polielectrolit pentru deshidratarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări, după modelul din anexa 1 la prezentul caiet de sarcini, semnat de către şeful staţiei de epurare, tehnologul de proces şi şeful laboratorului de analize din staţia de epurare, membrii în comisia de evaluare a ofertelor.

Testul privind determinarea consumului specific de polielectrolit pentru îngroşarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări, după modelul din anexa 2 la prezentul caiet de sarcini, semnat de către şeful staţiei de epurare, tehnologul de proces şi şeful laboratorului de analize din staţia de epurare, membrii în comisia de evaluare a ofertelor.

Or, în vederea asigurării unor testări corecte şi transparente a produselor, entitatea contractantă are obligaţia de a asigura fie accesul tuturor ofertanţilor la efectuarea analizelor de laborator de către personalul laboratorului de analize din staţia de epurare Cluj, fie efectuarea testărilor la un laborator terţ independent.

Asigurarea corectitudinii şi transparenţei modului de realizare a analizelor este cu atât mai importantă cu cât efectuarea acestor analize reprezintă etapa finală a testării organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat, astfel:

- testul privind determinarea consumului specific de polielectrolit pentru deshidratarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări (anexa nr. 1 la caietul de sarcini), semnat de către şeful staţiei de epurare, tehnologul de proces şi şeful laboratorului de analize din staţia de epurare;
- testul privind determinarea consumului specific de poliectrolit pentru îngrosarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări (anexa nr. 2 la Caietul de sarcini), semnat de către şeful staţiei de epurare, tehnologul de proces si şeful laboratorului de analize din staţia de epurare (pag. 5 din caietul de sarcini).

Mai mult, consumul specific total de polielectrolit reprezintă componenta calitate a criteriului de atribuire, având o pondere de 65% din punctaj, astfel cum rezultă din secţiunea IV.2.1) Criterii de atribuire din fişa de date a achiziţiei:

Or, potrivit caietului de sarcini, Nota: se vor lua în considerare consumurile specifice realizate în timpul testelor în Staţia de Epurare şi care sunt specificate în Rapoartele de încercări, conform anexa 1 şi 2 la caietul de sarcini.

Având în vedere că analizele efectuate au un impact semnificativ asupra ofertelor depuse (şi, implicit, asupra evaluării ofertelor tehnice şi stabilirii conformităţii/neconformităţii acestora), corectitudinea acestor analize, precum şi respectarea principiului tratamentului egal pe

parcursul acestora este deosebit de importantă pentru asigurarea transparenţei în cadrul procedurii de atribuire.

Or, realizarea analizelor de însăşi entitatea contractantă, iar nu de o terţă parte nu asigură caracterul obiectiv, transparenţa şi corectitudinea desfăşurării testării. În acest sens, şi în jurisprudenţa anterioară a Consiliului (Decizia publicată sub B02016_1282), s-a subliniat faptul că:

Analizele respective nefiind efectuate de un laborator independent şi autorizat, ci de însăşi autoritatea contractantă; evident că rezultatul lor este pus sub semnul întrebării.

În lumina celor de mai sus, se impune ca entitatea contractantă să permită fie accesul tuturor ofertanţilor la efectuarea analizelor de laborator de către personalul laboratorului de analize din staţia de epurare Cluj, fie efectuarea analizelor la un laborator terţ independent.

Obligaţia entităţii contractante de a răspunde în mod clar şi complet la solicitarea de clarificări prin care contestatoarea a cerut comunicarea rezultatelor analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul staţiei de epurare şi la nivelul registrelor staţiei, precum şi a valorilor înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize, rezultă fără echivoc din:

- prevederile art. 164 din Legea nr. 99/2016, prin care legiuitorul instituie obligaţia entităţii contractante de a garanta operatorilor economici interesaţi o informare completă, corectă şi precisă cu privire la toate cerinţele achiziţiei sectoriale, obiectul contractului şi modul de desfăşurare a procedurii de atribuire;
- dreptul corelativ al operatorilor economici de a li se pune la dispoziţie de către entitatea contractantă, prin documentaţia de atribuire, toate informaţiile necesare pentru pregătirea unei oferte corecte şi corespunzătoare;
- obligaţia care incumbă entităţii contractante de a acţiona într-o manieră transparentă şi proporţională pe tot parcursul derulării procedurii de atribuire, astfel cum este aceasta stipulată la art. 62 din Legea nr. 99/2016 şi cum decurge din principiul transparenţei prevăzut la art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 99/2016.

Caietul de sarcini prevede următoarele cerinţe tehnice minime ce vor fi respectate pentru etapa de deshidratare şi etapa de îngroşare din cadrul testărilor:

Unitatea de deshidratare	Unitatea de îngroşare
- centrifuga de nămol sa funcţioneze la capacitate de 30 mc nămol; - umiditatea nămolului de intrare va fi mentinuta relativ constanta; - concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,1 - 0,5 %; - suspensii totale apa de rejectie: max 700 mg/l; - reziduu total apa de rejectie: max2000 mg/l;	- îngroşătorul dinamic cu tambur pe care se fac testele să funcţioneze la capacitate de 26 mc nămol; - umiditatea nămolului de intrare va fi menţinută relativ constantă; - concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,05 - 0,25 %; - suspensii totale apă de rejecţie: max. 700 mg/l; - aspect apă de rejecţie: clară –

- aspect apă de rejecţie: clară – slab opalescentă, fără spumare, - uiditatea nămolului deshidratat: max 70%, - consum specific de polielectrolit: max 4 kg/t s.u.	slab opalescentă, fără spumare, - umiditatea nămolului deshidratat max 95% - consumul specific de polielectrolit: max 5 kg/t s.u.

În prezenta procedură, punerea la dispoziţie de către entitatea contractantă a rezultatelor analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni, precum şi a valorilor înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize este necesară pentru a verifica corectitudinea parametrilor antemenţionaţi, astfel cum au fost solicitaţi în cadrul caietului de sarcini şi, pe cale de consecinţă, a întocmi o ofertă corespunzătoare nevoilor entităţii contractante (în concordanţă cu situaţia de fapt înregistrată în ultimele 12 luni la staţia de epurare din Cluj).

Parametrii solicitaţi în caietul de sarcini sunt înregistraţi atât la laboratorul staţiei de epurare (e.g. umiditatea, suspensiile, reziduu, aspect apă de rejecţie, umiditate nămol), cât şi la nivelul registrelor staţiei (e.g. debite înregistrate, concentraţii de preparare, consum specific).

Refuzul entităţii contractante de a pune la dispoziţia operatorilor economici aceste informaţii care ar conduce la primirea unor oferte mai performante şi achiziţionarea unor produse la un raport calitate-preţ superior, încalcă flagrant însuşi scopul organizării prezentei proceduri de atribuire, şi anume achiziţionarea de bunuri în condiţii de eficienţă economică şi socială (art. 2 alin. (1) din Legea nr. 99/2016).

În acest context, refuzul de a pune aceste informaţii la dispoziţia operatorilor economici, fără o minimă justificare, denotă nu doar lipsa oricăror contraargumente ale entităţii contractante faţă de argumentarea complexă prezentată de contestatoare cu privire la necesitatea comunicării acestor informaţii, dar şi sfidarea flagrantă a obligaţiilor sale legale de a cheltui în mod judicios banul public.

Or, în lumina scopului legislaţiei achiziţiilor sectoriale, de a asigura cadrul legal necesar pentru a realiza achiziţionarea de bunuri, servicii şi lucrări în condiţii de eficienţă economică şi socială, art. 1 alin. (2) şi (3) din Normele metodologice, stipulează expressis verbis că:

- pe parcursul aplicării procedurii de atribuire, entitatea contractantă are obligaţia de a lua toate măsurile necesare pentru a evita apariţia unor situaţii de natură să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei;
- în cazul în care constată apariţia unei situaţii de natură a determina împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei, entitatea contractantă are obligaţia de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competenţelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare a actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau a activităţilor care au legătură cu acestea.

Entitatea contractantă a încălcat în mod flagrant principiile transparenţei şi tratamentului egal prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. b) şi

d) din Legea nr. 99/2016, prin încălcarea obligaţiei de a garanta operatorilor economici interesaţi posibilitatea reală şi efectivă de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor (e.g. rezultatele analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni, precum şi valorile înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize).

Or, in jurisprudenţa europeană s-a reţinut că: *principiile menţionate (n.n. principiul egalităţii de tratament şi principiul transparenţei), care au drept semnificaţie în special faptul că ofertanţii trebuie să se afle pe o poziţie de egalitate atât în momentul în care îşi pregătesc ofertele, cât şi în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă, constituie, într-adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziţiii publice, iar obligaţia autorităţilor contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenţei acestor directive*.

De asemenea, obligaţia respectării principiului transparenţei a fost reţinută şi în cauza CAS Succhi di Frutta: în ceea ce priveşte principiul transparenţei, care constituie corolarul egalităţii de tratament, acesta are ca scop, în esenţă, să garanteze că este înlăturat riscul de favoritism şi arbitrar din partea autorităţii contractante.

În ceea ce priveşte solicitatea de anulare a procedurii de atribuire, având în vedere:

- obligaţia entităţii contractante de a răspunde în mod clar şi complet solicitărilor de clarificări (e.g. comunicarea rezultatelor analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul staţiei de epurare şi la nivelul registrelor staţiei, precum şi a valorilor înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize);
- depunerea ofertelor la data de 05.02.2018 şi deschiderea acestora;
- faptul că procedura de atribuire se află în etapa evaluării tehnice, iar potrivit caietului de sarcini (pag. 4), testările în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat se vor desfăşura după depunerea ofertelor, în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, cu fiecare ofertant în parte; în prezent, nu mai pot fi adoptate măsuri corective fără ca acestea să conducă la încălcarea principiilor care stau la baza atriburii contractelor sectoriale, prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Chiar şi în ipoteza reorganizării testărilor cu respectarea legislaţiei achiziţiilor sectoriale şi a deciziei Consiliului, entitatea contractantă nu va mai putea adopta măsuri de remediere fără încălcarea principiului tratamentului egal, întrucât eventuala remediere va conduce la necesitatea reluării şi a testărilor (şi implicit a analizelor de laborator) deja efectuate şi la favorizarea evidentă a operatorilor economici care ar avea astfel un timp dublu de testare.

Entitatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării cauzei precum şi punctul de vedere nr. 4772/DG/SA/20.02.2018 înregistrat la Consiliu sub nr. 7231/22.02.2018, cu privire la contestaţia formulată de către SC .... SRL, în care solicită respingerea acesteia ca fiind nefondată.

De asemenea entitatea contractantă învederează faptul că în urma pronunţării Deciziei Consiliului nr. ..., a modificat punctul 12 din caietul

de sarcini, respectiv a stabilit testarea în etapa de evaluare a propunerilor tehnice şi a stabilit un nou termen de depunere a ofertelor, astfel încât operatorii economici interesaţi să poată elabora oferte corespunzătoare, aşa cum s-a dispus prin Decizia susmenţionată rămasă definitivă.

În ceea ce priveşte celelalte solicitări ale operatorului economic, Consiliul nu a obligat entitatea contractantă la adoptarea unor remedii.

În continuare, entitatea contractantă expune considerentele salecu privire la susţinerile contestatoarei:

1. Referitor la Clarificarea nr. 5 (nr. 24I7/DG/SA/29.01.2018)

Prin anunţul de tip erată nr. 118606/05.01.2018 şi clarificarea nr. 4/05.01.2018 la documentaţia de atribuire, entitatea contractantă a făcut remediile la documentaţia de atribuire, în conformitate cu decizia Consiliului nr. ....

Entitatea contractantă apreciază că în conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în situaţia în care operatorul economic se considera vătămat de acest act (anunţul de tip erată nr. 118606/05.01.2018 şi clarificarea nr. 4/05.01.2018 la documentaţia de atribuire), avea posibilitatea de a notifica entitatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul entităţii contractante considerat nelegal. De asemenea, în conformitate cu art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, data luării la cunoştinţă despre respectivul act, este data publicării acestuia în SEAP.

Solicitarea de clarificări nr. 1753/26.01.2018 înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 2225/26.01.2018, nu poate fi apreciată ca o solicitare de clarificări referitoare la documentaţia de atribuire, ci o solicitare prin care se cere modificarea documentaţiei de atribuire, solicitare tardivă deoarece nu a fost transmisă în termenul mai sus menţionat.

Prin clarificarea nr. 5 (nr. 2417/DG/SA/29.01.2018) postată în SEAP la documentaţia de atribuire, entitatea contractantă nu a adus modificări sau completări la anunţul de participare nr. 179931, astfel cum a fost modificat prin anunţul de tip erată nr. 118606/05.01.2018 şi celelalte clarificări postate în SEAP.

Prin această clarificare nr. 5 se precizează că se menţine documentaţia astfel cum a fost postată în SEAP.

2. Referitor la afirmaţiile contestatoarei privind termenul de depunere a ofertelor, entitatea contractantă menţionează că prin Clarificarea nr. 4 din data de 05.01.2018 la documentaţia de atribuire precum şi prin anunţul de tip erată nr. 118606 din data de 05.01.2018, a fost comunicat noul termen limită de depunere a ofertelor, respectiv 05.02.2018 ora 16.00.

La stabilirea termenului s-a avut în vedere atât timpul necesar operatorilor economici de a preleva probe de nămol din staţia de epurare cât şi timpul necesar pentru elaborarea ofertelor.

În data de 17.01.2018 s-a solicitat prin adresa înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 1373/18.01.2018, programarea în

vederea prelevării probelor de nămol din staţia de epurare. Prin răspunsul postat în SEAP în data de 19.01.2018, entitatea contractantă a comunicat operatorului că este programat în data de 23.01.2018 pentru prelevarea probelor de nămol.

Având în vedere acest aspect, entitatea contractantă opinează că în situaţia în care operatorul economic ar fi considerat că termenul de depunere a ofertelor nu este suficient, astfel cum a fost publicat de entitatea contractantă prin documentele postate în SEAP în data de 05.01.2018, avea posibilitatea să solicite decalarea acestuia astfel încât entitatea contractantă să aibă posibilitatea legală de a face acest lucru. Conform art. 62 alin. (1) din HG nr. 394/2016, entitatea contractantă are obligaţia de a transmite spre publicare un anunţ de tip erată la anunţul iniţial, care trebuie să fie publicată nu mai târziu de 3 zile lucrătoare înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor (în cazul de fată termenul limită de depunere a ofertelor este 05.02.2018),

Prin solicitarea de clarificări nr. 17563/26.01.2018, înregistrată la entitatea contractantă sub nr. 2225/26.01.2018, operatorul economic nu a solicitat prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor. În situaţia în care s-ar fi solicitat în timp util (a se vedea art. 62, alin.l H.G. nr. 394/2016) prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, entitatea contractantă avea posibilitatea de a da curs solicitării.

Prin cererea operatorului economic privind prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor, solicitată prin notificarea prealabilă transmisă în data de 02.02.2018, entitatea contractantă se afla în imposibilitatea publicării unui anunţ de tip erată, în vederea prelungirii termenului limită de depunere a ofertelor, deoarece s-ar fi încălcat prevederile imperative ale legislaţiei în vigoare, respectiv din data de 2 februarie 2018 (vineri) până în 5 februarie 2018 (luni- termenului limită de depunere a ofertelor) nu sunt 3 zile lucrătoare.

3. Referitor la anularea procedurii de atribuire, entitatea contractantă consideră că sunt edificatoare cele expuse anterior care justifică faptul că nu se poate impune anularea procedurii.

Deoarece necesitatea şi scopul unităţii este de a achiziţiona polielectrolit pentru funcţionarea staţiei de epurare, între a anula procedura de atribuire şi adoptarea unor remedii, entitatea contractantă a optat pentru modificarea documentaţiei de atribuire aşa cum a fost obligată prin Decizia Consiliului nr. ... şi nu pentru anularea procedurii, deoarece s-a considerat că modificările dispuse nu afectează elementele ce descriu contextul achiziţiei sectoriale încât să aibă ca efect schimbarea indicatorilor principali ce caracterizează rezultatul contractului ce urmează a fi atribuit, fapt care ar putea afecta nivelul de competiţie sau schimba piaţa de profil la care se adresează şi nici nu ar conduce la modificări substanţiale a criteriilor de calificare şi selecţie, în sensul extinderii nivelului acestora sau introducerii unora noi, fapt ce ar determina restrângerea competiţiei sau favorizarea unor anumiţi operatori economici.

În concluzie, entitatea contractantă, la elaborarea documentaţiei de atribuire a respectat întocmai prevederile Legii nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale şi HG nr. 394/2016 pentru aprobarea Normelor

metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului cadru din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale, precum şi dispozitivul Deciziei CNSC pronunţată în dos. nr. 4104/2017.

Prin adresa nr. 2494/05.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 8891/06.03.2018, SC ... SRL formulează concluzii scrise, față de punctul de vedere prin care entitatea contractantă susţine că demersul contestatoarei de a contesta clarificarea nr. 5 (nr. 2417/DG/SA) din data de 29.01.2018 ar fi tardiv, întrucât ar viza o solicitare de modificare a documentaţiei de atribuire.

Contrar acestor susţineri, contestaţia este formulată împotriva clarificării nr. 5, criticile contestatoarei nevizând documentaţia de atribuire, ci:

- refuzul nejustificat al entităţii contractante de a pune la dispoziţia operatorilor economici informaţii esenţiale pentru depunerea unor oferte profesioniste şi competitive în cadrul procedurii (e.g. rezultatele analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni); precum şi
- refuzul entităţii contractante de a pune în aplicare în mod corect decizia Consiliului nr. ..., prin neacordarea accesului ofertanţilor la orice alte teste decât cele pentru stabilirea propriilor consumuri de polielectroliţi, indiferent dacă propunerile tehnice respective au fost sau nu declarate confidenţiale în conformitate cu prevederile legale; astfel, faptul că autoarea contestaţiei nu a formulat plângere împotriva Deciziei nr. ...nu prezintă relevanţă, dat fiind că organismul administrativ-jurisdicţional a reţinut că nu se poate acorda accesul ofertanţilor la testările ofertanţilor care s-au prevalat de posibilitatea de a-şi declara propunerile tehnice drept confidenţiale.

Prin clarificarea formulată, entitatea contractantă a încălcat:

- cerinţele de claritate şi transparenţă care guvernează întregul proces de achiziţie sectorială, inclusiv obligaţia generală esenţială de a asigura o informare completă, corectă şi explicită a operatorilor economici cu privire la procedura de achiziţie;
- art. 172 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, care reglementează expressis verbis obligaţia entităţii contractante de a răspunde în mod clar şi complet la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare;
- obligaţia de a pune în aplicare în mod corect şi cu bună credinţă deciziile Consiliului, care sunt obligatorii pentru entitatea contractantă, astfel cum rezultă din art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, clarificarea nr. 5 contestată reprezintă un act administrativ de sine stătător şi distinct de actele anterioare ale entităţii contractante, iar art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 garantează subscrisei dreptul de a-l contesta.

Legalitatea demersului juridic de a contesta răspunsurile la solicitările de clarificări considerate nelegale, a fost subliniată şi în jurisprudența anterioară a Consiliului, relevantă în acest sens fiind Decizia B02017_2489, potrivit căreia:

Analizând cuprinsul contestaţiilor, Consiliul apreciază ca nefondate excepţiile invocate de către autoritatea contractantă, deoarece cele două contestatoare nu au contestat documentaţia de atribuire ci două

răspunsuri la clarificări, respectiv răspunsul la clarificări nr. 18010/29.11.2016 publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 29.11.2016 (SC ... SRL) şi răspunsul la clarificări nr. 18703/08.12.2016, publicat de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 08.12.2016 (SC ... SA).

Faţă de datele la care au fost publicate in SEAP cele două răspunsuri la clarificări, respectiv 29.11.2016 şi 08.12.2016 şi datele la care cele două contestatoare au înaintat autorităţii contractante notificările prealabile, respectiv 09.12.2016 (SC ... SRL) şi 19.12.2016 (SC ... SA), raportat la valoarea estimată a contractului de achiziţie publică în discuţie, respectiv 63.576.968 RON, dispoziţiile art. 6 alin. (1) lit. a) şi art. 5 alin. (1) şi (2) din Legea nr. 101/2016, rezultă că cele două notificări prealabile au fost formulate în cadrul termenului legal, motiv pentru care Consiliul va respinge ca nefondate excepţiile de inadmisibilitate a contestaţiilor depuse de SC C (...) SRL si SC (...) SA, invocate de către autoritatea contractantă.

În continuare, Consiliul procedează la analiza concomitentă a celor două contestaţii, întrucât răspunsurile la clarificări contestate de SC C (...) SRL şi SC (...) SA, au legătură cu o singura cerinţă de calificare menţionată în fişa de date a achiziţiei.

Referitor la lipsa oricăror argumente pe fondul cauzei, în pofida argumentelor extensive invocate în contestaţie, entitatea contractantă nu oferă nici măcar prin punctul de vedere o minimă justificare pentru refuzul său abuziv de a da curs solicitărilor contestatoarei de a (i) asigura prezenta tuturor ofertanţilor la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat; (ii) efectua analizele la un laborator terţ independent şi (iii) a comunica rezultatele analizelor şi încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul staţiei de epurare şi la nivelul registrelor staţiei, precum şi valorile înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize.

În absenţa unei motivări corespunzătoare a caracterului confidenţial al rapoartelor declarate confidenţiale, din care să rezulte că dezvaluirea acestora ar prejudicia, în mod obiectiv, interesele legitime ale ofertantului, nu poate fi restricţionat accesul celorlalţi ofertanţi la testări, astfel cum rezultă din art. 129 alin. (1) din Normele Metodologice şi cum a reţinut şi Consiliul în jurisprudenţa sa constantă (e.g. Decizia publicată sub B02017_4226).

Pe cale de consecinţă, restricţionarea accesului la testările organizate de ofertantul .... SRL încalcă nu doar legislaţia aplicabilă, dar şi Decizia Consiliului, prin care s-a reţinut că este justificată restricţionarea accesului exclusiv la informaţiile care sunt declarate confidenţiale în conformitate cu prevederile legale aplicabile.

De asemenea, contestatoarea menţionează că în vederea evitării anulării procedurii de atribuire, a solicitat prin notificarea prealabilă şi dispunerea măsurii asigurătorii a suspendării procedurii de atribuire. Astfel, în motivarea solicitării de a suspenda procedura de atribuire, contestatoarea a învederat entităţii contractante ca, în contextul în care:

- entitatea contractantă are la dispoziţie 3 zile pentru transmiterea răspunsului la prezenta notificare prealabilă (art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016);
- entitatea contractantă are la dispoziţie un termen de 7 zile de la transmiterea răspunsului la prezenta notificare pentru implementarea efectivă a măsurilor de remediere (art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016),

entitatea contractantă nu va putea răspunde în timp util la notificarea prealabilă, şi nici să adopte măsurile de remediere necesare până la data limită de depunere a ofertelor (inclusiv prelungirea termenului-limită de depunere a ofertelor în considerarea obligaţiei entităţii contractante de a adopta măsuri de remediere).

Astfel, chiar dacă la momentul transmiterii notificării prealabile, entitatea contractantă s-ar fi aflat în imposibilitatea de a prelungi termenul-limită de depunere a ofertelor (prin transmiterea spre publicare a unui anunţ de tip erată), aceasta avea posibilitatea de a suspenda procedura de atribuire şi, ulterior, de a prelungi termenul limită de depunere a ofertelor.

Prin urmare, aserţiunile entităţii contractante în sensul imposibilităţii prelungirii termenului-limită de depunere a ofertelor sunt vădit nefondate.

Contestatoarea susţine că nu avea niciun interes să solicite prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor la data formulării solicitării de clarificări, întrucât la respectiva dată a preconizat că entitatea contractantă va clarifica problemele ridicate în conformitate cu prevederile legale aplicabile. Necesitatea prelungirii termenului-limită a intervenit abia ulterior publicării clarificării nr. 5, tocmai prin refuzul entităţii contractante de a publica informaţiile solicitate anterior depunerii ofertelor.

Mai mult, astfel cum rezultă din prevederile art. 163 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 sau ale art. 62 alin. (1) si (2) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016, indiferent dacă un operator economic solicită sau nu prelungirea termenului de depunere a ofertelor, este în sarcina entităţii contractante prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor în cazul în care, ulterior publicării anunţului, intervin modificări faţă de informaţiile deja publicate prin documentaţia de atribuire.

Faţă de susţinerile entităţii contractante din punctul de vedere, solicitarea anularii procedurii de atribuire vizează modul în care entitatea contractantă a înţeles să formuleze clarificarea nr. 5, nicidecum Decizia Consiliului nr. ....

Prin adresa nr. 6334/DG/SA/07.03.2018, înregistrată la Consiliu sub nr. 9368/07.03.2018, ... formulează concluzii scrise, în care menţionează că, cronologia derulării procedurii este semnificativă pentru determinarea dezideratelor operatorului economic SC ...RL astfel:

- data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 27.11.2017, cu respectarea art. 87 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale.

- în data de 25.10.2017, a fost primită prima solicitare de programare pentru testarea produselor de la un alt operator economic care doreşte să depună oferta în această procedură.
- în data de 27.10.2017, contestatoarea a transmis o solicitare de clarificări la care entitatea contractantă a răspuns în data de 31.10.2017.
- în data de 30.10.2017, înainte de a fi publicat răspunsul entităţii contractante la solicitarea de clarificări, contestatoarea a depus o notificare prealabilă înainte să solicite o programare pentru a efectua teste, având aşadar la acel moment calitatea de potenţial ofertant în procedură.
- în data de 01.11.2017 operatorul economic Brenntag solicită programarea la teste, în data de 02.11.2017 entitatea contractantă a transmis răspuns notificării prealabile formulate în data de 30.10.2017 de către operatorul economic.
- în data de 01.11.2017 entităţii contractante i s-a transmis o nouă solicitare de clarificări de către ...SRL privind posibilitatea prelevării unor probe de nămol cu cel puţin 5 zile înainte de testarea individuală.
- în data de 02.11.2017 entitatea contractantă a răspuns acestei solicitări menţionând că cerinţele din documentaţia de atribuire rămân neschimbate.
- în data de 13.11.2017, contestatoarea a solicitat, din motive "obiective" (participarea la testări în cadrul altei proceduri organizate în ţară) reprogramarea testelor produselor proprii pentru alte zile decât cele stabilite anterior (15-16.11.2017). Dând dovadă de bună credinţă şi în scopul de a asigura transparenţă şi tratament egal, entitatea contractantă a acceptat solicitarea şi reprogramează operatorul pentru datele de 16- 17.11.2017.
- data limită pentru depunerea ofertelor a fost 27.11.2017 ora 16:00, astfel că după participarea la test, operatorul economic ... S.R.L în cazul în care ar fi avut intenţia să participe la procedură, ar fi avut la dispoziţie 10 zile pentru completarea şi depunerea ofertei.
- în data de 13.11.2017 a fost înregistrată la entitatea contractantă contestaţia împotriva procedurii de atribuire.
- în data de 15.12.2017, Consiliul emite Decizia nr. ..., prin dispozitivul căreia entitatea contractantă a fost obligată la modificarea pct. 12 din caietul de sarcini, respectiv de a stabili testarea polielectrolitului în etapa de evaluare a propunerilor tehnice şi stabilirea unui nou termen de depunere al ofertelor.
- în data de 05.01.2018 entitatea contractantă publică pe SEAP anunţul tip erată şi clarificarea nr. 4, privind modificarea documentelor de atribuire în conformitate cu prevederile Deciziei nr. ....
- în data de 17.01.2018 operatorul economic ...S.R.L solicită acordul entităţii contractante pentru prelevarea unor mostre de nămol de la Staţia de ...din Cluj-Napoca pentru efectuarea de teste în laboratorul propriu.
- în data de 19.01.2018 entitatea contractantă transmite operatorului economic că este programat pentru prelevarea probelor pe data de 23.01.2018.

- în data de 26.01.2018, operatorul economic transmite entităţii contractante o solicitare de clarificări în care reia argumentele invocate în contestaţia depusă anterior.
- în data de 29.01.2018, entitatea contractantă postează în SEAP răspunsul la solicitarea de clarificări, prin clarificarea nr. 5, în care menţionează că cerinţele din documentaţia de atribuire inclusiv clarificările la documentaţie rămân nemodificate.

După primirea răspunsului la solicitarea de clarificări, operatorul economic transmite în 02.02.2018 o notificare prealabilă, prin care se solicită remedierea documentaţiei de atribuire, la care entitatea contractantă răspunde că nu aduce remedieri la documentaţia de atribuire.

În 14.02.2018 operatorul economic introduce o nouă contestaţie care are ca obiect anularea răspunsului entităţii contractante la solicitarea de clarificări nr. 5) şi/sau anularea procedurii.

Entitatea contractantă apreciază că expunerea de motive din contestaţia înaintată Consiliului se referă la documentaţia de atribuire, or solicitarea de modificare a documentaţiei de atribuire, la acest moment este tardivă.

Deoarece necesitatea şi scopul unităţii este de a achiziţiona polielectrolit pentru funcţionarea staţiei de epurare, între a anula procedura de atribuire şi adoptarea unor remedii, entitatea contractantă a optat pentru modificarea documentaţiei de atribuire aşa cum a fost obligată prin Decizia C.N.S.C nr. ... şi nu pentru anularea procedurii.

Entitatea contractantă învederează că operatorul economic doreşte în această etapă, după introducerea celei de-a doua contestaţii, modificarea documentaţiei de atribuire şi nu oricum ci numai în funcţie de dezideratele sale.

În urma pronunţării Deciziei nr. ..., entitatea contractantă a modificat punctul 12 din caietul de sarcini, respectiv a stabilit testarea în etapa de evaluare a propunerilor tehnice şi a stabilit un nou termen de depunere a ofertelor astfel încât operatorii economici interesaţi să poată elabora oferte corespunzătoare, aşa cum s-a dispus prin decizia antemenţionată, rămasă definitivă şi respectată întocmai de entitatea contractantă.

Împotriva deciziei Consiliului, operatorul economic Brenntag SRL, în cazul în care era nemulţumit, putea formula plângere. Reiterarea unor chestiuni care ţin de modificarea documentaţiei de atribuire ca în cazul în speţă, în afara celor asupra cărora s-a pronunţat Consiliul la acest moment, este tardivă.

Entitatea contractantă apreciază că solicitarea de clarificări nr. 1753/26.01.2018 nu poate fi apreciată ca o solicitare de clarificări referitoare la documentaţia de atribuire, ci o solicitare prin care se cere modificarea documentaţiei de atribuire.

În conformitate cu prevederile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în situaţia în care operatorul economic se considera vătămat de acest act (anunţul de tip erată nr. 118606/05.01.2018 şi clarificarea nr. 4/05.01.2018 la documentaţia de atribuire), avea posibilitatea de a notifica entitatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în

tot sau în parte, a pretinsei încălcări, în termen de 10 zile începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă despre actul entităţii contractante considerat nelegal.

De asemenea, în conformitate cu art. 6 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, data luării la cunoştinţă despre respectivul act, este data publicării acestuia în SEAP.

Prin solicitarea de clarificări, operatorul economic urmăreşte de fapt remedierea cerinţelor din documentaţia de atribuire, după ce aceasta a fost modificată de entitatea contractantă în urma Deciziei nr. ... demers apreciat ca inadmisibil.

În susţinerea afirmaţiilor sale, entitatea contractantă invocă jurispredenţa relevantă astfel:

În Decizia publicată online în Buletinul Oficial al C.N.S.C identificată B02018_6260.pdf, Consiliul arată că: "nu poate fi reţinut că termenul de notificare prealabilă începe să curgă de la data la care a primit contestatoarea răspuns la solicitarea de clarificări, atâta timp cât solicitarea de clarificări priveşte documentaţia de atribuire, iar autoarea contestaţiei nu urmăreşte modificarea răspunsurilor la solicitarea de clarificări, ci a documentaţiei de atribuire, iar solicitarea de clarificări nu poate conduce la prelungirea termenului de atac a documentaţiei de atribuire, ci doar la explicitarea acesteia".

În decizia publicată online în Buletinul Oficial al C.N.S.C. identificată B02018_6103.pdf, „*Consiliul învederează faptul că cele anterior reţinute nu pot fi interpretate ca o restricţionare/ încălcare/ a dreptului unui operator economic de a solicita clarificări la documentaţia de atribuire drept conferit de dispoziţiile art. 160 din Legea nr. 101/2016, însă aceste clarificări trebuie să aibă ca obiect clarificarea unor aspecte considerate neclare şi nu modificarea/eliminarea/completarea unor cerinţe minime/condiţii considerate restrictive, impuse de entitatea contractantă.(...) Analizând contestaţia formulată prin prisma actelor anterior menţionate, Consiliul reţine că acestea nu modifică în niciun fel caietul de sarcini, astfel că singurul act administrativ în măsură să producă efecte juridice care ar fi putut să lezeze interesele contestatorului, este caietul de sarcini, parte a documentaţia de atribuire, act de care SC... SRL a luat la cunoştinţă în data de .., data publicării acesteia în SEAP, ataşat anunţului de participare nr..../... În aceste condiţii, nu are nicio relevanţă faptul că SC ... SRL susţine în mod formal contestarea răspunsurilor la clarificări, întrucât prevederile pretins nelegale sunt cuprinse în documentaţia de atribuire şi nu în actele mai sus menţionate*."

În speţa dedusă judecăţii, actul considerat vătămător de către operatorul economic este răspunsul entităţii contractante, care nu a fost suficient motivat. Anularea acestuia a devenit obiectul contestaţiei deşi operatorul economic încearcă înocularea ideii că ar trebui modificată documentaţia de atribuire. Anularea acestui răspuns nu ar conduce automat la modificarea caietului de sarcini, aşa cum pare a fi dezideratul operatorului economic.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitaţie deschisă online privind atribuirea acordului-cadru de furnizare având ca obiect „Polielectrolit pentru deshidratarea nămolului şi polielectrolit pentru îngroşarea nămolului activ exces”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare nr. ... valoarea estimată a procedurii fiind de 1.497.600 lei.

Ca urmare a publicării în SEAP a documentației de atribuire, a formulat contestație vizând o serie de prevederi ale acesteia SC ... SRL, care a fost soluționată prin decizia nr. ..., prin care s-a admis contestaţia formulată de către SC ...SRL, în contradictoriu cu ..., entitatea contractantă fiind obligată să modifice punctului 12 din caietul de sarcini, respectiv de a stabili *„Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat”* în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, cu luarea în considerare a celor din motivare.

Ca urmare a celor dispuse, entitatea contractantă a modificat caietul de sarcini, cu respectarea celor dispuse de Consiliu.

În urma publicării respectivei modificări, contestatoarea a solicitat clarificări, la care entitatea a răspuns postând în SEAP documentul Clarificare 5 CN179931/013 /29.01.2018, având următorul conținut:

,,1 Solicitare clarificări potenţial ofertant

Cerinţa

Caietul de sarcini (pct. 12), astfel cum a fost acesta modificat prin Clarificarea nr. 4 (Adresa nr. 266/DG/SA/05.01.2018) prevede ca,

In vederea protejării confidențialității propunerilor tehnice, nu este permis accesul ofertanţilor la alte teste decât cele pentru stabilirea consumurilor propriilor polielectroliți ofertaţi.

Solicitarea de clarificări

Față de cerinţa de mai sus, vă rugăm:

-să eliminaţi precizarea potrivit careia "În vederea protejării confidențialității propunerilor tehnice, nu este permis accesul ofertanţilor la alte teste decât cele pentru stabilirea consumurilor propriilor polielectroliți";

-să permiteți accesul oricărui ofertant la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanță uscată nămol deshidratat pentru toți ofertanţii, cu respectarea legislaţiei privind achiziţiile sectoriale și a Deciziei C.N.S.C. nr. ...;

-să comunicaţi tuturor ofertanţilor programarea testărilor stabilita de entitatea contractanta pentru produsele ofertate de toti ofertanţii cu respectarea legislaţiei privind achiziţiile sectoriale, cu cel puţin 5 zile lucrătoare înainte de începerea acestora.

Răspuns entitate contractantă

Cerinţele din documentaţia de atribuire postată pe SEAP, inclusiv clarificările la documentaţie, rămân nemodificate.

2 Solicitare clarificări potenţial ofertant

Cerinţa

Analizele vor fi efectuate în laboratorul de analize din stația de epurare, astfel cum rezultă din prevederi ale Caietului de sarcini (pag. 5), precum:

Testul privind determinarea consumului specific de polielectrolit pentru deshidratarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări, după modelul din anexa 1 la prezentul caiet de sarcini, semnat de către şeful statiei de epurare, tehnologul de proces și şeful laboratorului de analize din stația de epurare, membrii în comisia de evaluare a ofertelor. Testul privind determinarea consumului specific de polielectrolit pentru îngroșarea nămolului se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări, după modelul din anexa 2 la prezentul caiet de sarcini, semnat de către şeful statiei de epurare, tehnologul de proces și şeful laboratorului de analize din stația de epurare, membrii în comisia de evaluare a ofertelor.

Solicitarea de clarificări

Va rugăm să efectuați analizele la un laborator terț independent.

Răspuns entitate contractantă

Cerinţele din documentaţia de atribuire postată pe SEAP, inclusiv clarificările la documentaţie, rămân nemodificate.

3. Solicitare clarificări potenţial ofertant

Cerinţa

Caietul de sarcini (pag. 5) prevede următoarele cerinţe tehnice minime ce vor fi respectate pentru etapa de deshidratare și etapa de îngroșare din cadrul testărilor:

Unitatea de deshidratare	***Unitatea de îngroșare***
-centrifuga de nămol să funcţioneze la capacitate de 30 mc nămol; *-umiditatea nămolului de intrare va fi menținută relativ constantă;* *-concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,1 -0,5%;* *-suspensii totale apă de rejecție: max 700 mg/l;* *-reziduu total apă de rejecție: max 2000 mg/i;* *-aspect apă de rejecție: clara - slab opalescenta, fara spumare;* *-umiditatea nămolului deshidratat: max 70%;* *-consum specific de polielectrolit: max 4 kg/t s.u.*	*-îngroșătorul dinanic cu tambur pe care se fac testele să funcţioneze la capacitate de 26 mc nămol;* *-umiditatea nămolului de intrare va fi menținută relativ constantă;* *-concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,05 - 0,25 %;* *-suspensii totale apa de rejectie: max 700 mg/l;* *-reziduu total apă de rejecție: max 2000 mg/l;* *-aspect apă de rejecție: clară - slab opalescentă, fără spumare;* *-umiditatea nămolului deshidratat: max 95%;* *-consumul specific de polielectrolit: max 5 kg/t s.u.*

Solicitarea de clarificări

Vă rugăm să ne comunicaţi rezultatele analizelor și încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul stației de epurare și la nivelul

registrelor stației, precum și valorile înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize.

Răspuns entitate contractantă

Cerinţele din documentaţia de atribuire postată pe SEAP, inclusiv clarificările la documentaţie, rămân nemodificate".

Contestatoarea critică răspunsurile la solicitările de clarificări arătând că sunt neclare, iar entitatea nu și-a justificat răspunsurile.

Consiliul reține că entitatea contractantă a răspuns în concordanță cu decizia sa anterioară, decizie care se bucură de autoritate de lucru judecat. Astfel, în decizia sa, Consiliul a stabilit următoarele, în legătură cu participarea operatorilor economici la testarea tuturor mostrelor: ,,*Criticile aduse cu privire la refuzul entității contractante de a acorda accesul oricărui operator economic interesat de procedură la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat și comunicarea programului de efectuare a testelor vor fi respinse de către Consiliu.*

În luarea deciziei reține că propunerea tehnică a ofertanților poate fi declarată confidențială, iar entitatea contractantă este obligată, potrivit art. 70 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, a nu dezvălui informaţiile transmise de operatorii economici indicate de aceştia ca fiind confidenţiale, iar membrii comisiei de evaluare și experții cooptați sunt de asemenea ținuți de caracterul confidențial „asupra conținutului ofertelor/solicitărilor de participare, precum și asupra oricăror alte informații prezentate de către candidați/ofertanți în procedura de atribuire", potrivit art. 135 alin. (2) din HG nr. 394/2016".

Potrivit art. 135 din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului sectorial/acordului-cadru din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale din 02.06.2016, aprobate prin HG nr. 394/2016, ,,(1) **Pe parcursul desfăşurării procesului de evaluare**, **membrii comisiei de evaluare şi experţii cooptaţi au obligaţia de a păstra confidenţialitatea asupra conţinutului ofertelor/solicitărilor de participare, precum şi asupra oricăror altor informaţii prezentate de către candidaţi/ofertanţi în procedura de atribuire**.

(2) Încălcarea angajamentelor referitoare la confidenţialitate se sancţionează conform legii.

(3) Cu excepţia şedinţei de deschidere a ofertelor, la întrunirile comisiei de evaluare au dreptul de a participa numai membrii acesteia şi, după caz, experţii cooptaţi şi persoane împuternicite de către ANAP''.

Deci, indiferent dacă operatorii economici își declară sau nu ofertele confidențiale, până la finalizarea procesului de evaluare a propunerilor tehnice, nu pot fi făcute publice sau divulgate aspecte sau elemente ale ofertelor, procesul de evaluare fiind unul intern al entității contractante. Din acest motiv, răspunsul entității la solicitarea nr. 1 este unul clar, în concordanță cu decizia Consiliului.

Totodată, Consiliul reține că și în ceea ce privește răspunsul 2, există autoritate de lucru judecat. În decizia sa anterioară Consiliul a stabilit necesitatea ca operatorii să preleve mostre pentru a-și face ei testările la orice laborator doresc. În ceea ce privește testarea mostrelor

după depunerea ofertelor, Consiliul a stabilit ca fiind legală testarea mostrelor în laboratorul autorității, motiv pentru care a și dispus modificarea cap. 12, ,,Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat.'' Astfel, în decizia sa, Consiliul a stabilit posibilitatea ca operatorii să preleve mostre de nămol, pentru a stabili care produs se pretează cel mai bine nevoilor autorității contractante, după cum urmează: ,,*Având în vedere că în luarea deciziei Consiliul constată că, etapa de testare nu poate avea loc înainte de data de depunere a ofertelor ci doar după data depunerii acestora, respectiv în etapa de evaluare a propunerilor tehnice, se dovedește astfel necesară modificarea punctului 12 din caietul de sarcini, respectiv „Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat", aceasta urmând a se desfășura în etapa de evaluare a propunerilor tehnice.*

Întrucât nu este posibilă din punct de vedere legal o imixtiune a autorității contractante în modul de elaborare a propunerilor tehnice, or tocmai acest lucru se întâmplă în situația descrisă în caietul de sarcini (Raportul laboratorului autorității contractante va putea fi parte a propunerii tehnice)

De altfel, în lipsa unor specificații clare ale produsului ce urmează a fi ofertat operatorii economici trebuie să își efectueze propriile teste, tocmai pentru a-și maximiza șansa de a deveni ofertanți.

În ceea ce privește solicitarea contestatoarei de a acorda operatorilor economici interesați de procedură a posibilității de a preleva probe cu cel puțin 5 zile înainte de testările organizate de entitatea contractantă, Consiliul va admite criticile, având în vedere că ofertanții trebuie să se asigure, înainte de depunerea ofertelor, că produsul pe care urmează să-l oferteze satisface cerințele minime solicitate de către autoritatea contractantă, teste care pot și trebuie să fie făcute pe nămolul cu care urmează a interacționa produsul.

Consiliul va reține în soluționare susținerile contestatoarei potrivit cărora prelevarea de mostre de nămol înainte de depunerea ofertei asigură prezentarea la testarea entității contractante a produselor optime, cu eficiență maximă, care să ofere operatorilor economici care nu au mai colaborat în trecut cu entitatea contractantă o șansă reală de a câștiga contractul având în vedere criteriul de atribuire care are ca factor de evaluare factor tehnic în procent de 65%".

Menținând în documentația de atribuire testarea în etapa de evaluare în sarcina laboratorului entității contractante, Consiliul nu are niciun motiv a interveni acum asupra documentației, în sensul acceptării testării într-un laborator independent. Prin urmare, Consiliul reține că răspunsul entității este în sensul deciziei sale nr. ....

În ceea ce privește răspunsul nr. 3, Consiliul reține că solicitarea de clarificări formulată de contestatoare nu are nimic în comun cu modificările aduse caietului de sarcini de către entitatea contractantă, ca urmare a deciziei Consiliului. În același timp, contestatoarea nu justifică, în niciun fel, cum, anume, lipsa acestor informații, respectiv ,,*rezultatele analizelor și încadrărilor din ultimele 12 luni înregistrate la laboratorul stației de epurare și la nivelul registrelor statiei, precum și valorile*

înregistrate ale debitelor raportate la aceste analize'', o împiedică să depună ofertă în procedură. Se pune, de altfel, în mod justificat întrebarea: dacă ofertanta consideră relevante aceste date, cum de nu a observat necesitatea cunoașterii lor în termenul legal, respectiv prin raportare la data publicării în SEAP a documentației de atribuire? Astfel, Consiliul reține că lipsa informațiilor respective nu o împiedică pe contestatoare să depună ofertă.

Nu în ultimul rând, Consiliul consideră relevante dispozițiile art. 172 din Legea nr. 99/2016: (1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire.

(2) Entitatea contractantă are obligaţia de a răspunde în mod clar şi complet, cât mai repede posibil, la orice solicitare de clarificări sau informaţii suplimentare, într-o perioadă care nu trebuie să depăşească, de regulă, 3 zile lucrătoare de la primirea unei astfel de solicitări din partea unui operator economic''.

Deci, informațiile și clarificările suplimentare sunt necesare pentru înțelegerea documentației și pentru a se lămuri cu privire la modalitatea de întocmire a ofertei, și nu pentru a se lămuri cu privire la caracteristicile produsului folosit anterior de entitatea contractantă.

Consiliul mai reține că, deși ofertele au fost depuse la acest moment, ele nu pot face parte din dosarul constituit la Consiliu, nefiind utile cauzei. Consiliul este sesizat cu o contestație la documentația de atribuire, având ca obiect răspunsul autorității la solicitarea de clarificări. Prin urmare, Consiliul nu are niciun motiv a solicita rezultatul testărilor organizate la autoritatea contractantă, în această etapă a procedurii, în care, așa cum s-a arătat mai sus, informațiile nu sunt publice.

Prin urmare, în temeiul art. 255 din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cerea nr. 2488/01.03.2018, formulată de contestatoare, referitoare la suplimentarea documentelor din dosarul achiziției și studierea lor, aceste probe neconducând la soluționarea procesului, nefiind relevante în cauză.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, 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.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 21 (douăzeci și una) pagini.