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. 2366/10.11.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 48138/13.11.2017, depusă de către SC ...SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J..... şi Cod Unic de Înregistrare ..., reprezentată convenţional de ..., cu sediul în ..., formulată împotriva documentaţiei de atribuire elaborată de către ..., cu sediul în ..., în calitate de entitate contractantă în 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”, s-a solicitat:

- suspendarea procedurii de achiziţie sectorială până la soluţionarea fondului cauzei;
- obligarea entităţii contractante la modificarea secţiunii nr. IV.3.4 din anunţul de participare nr. 179931/20.10.2017, prin prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puţin 20 de zile şi pe cale de consecinţă publicarea unei erate privind noul termen de depunere a ofertelor;
- obligarea entităţii contractante la modificarea şi completarea cerinţelor nelegale din cuprinsul documentaţiei de atribuire în ceea ce priveşte testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat (pct. 12 din caietul de sarcini), astfel încât acestea să fie puse în concordanţă cu dispoziţiile legale aplicabile în materia achiziţiilor sectoriale după cum urmează:
- acordarea accesului oricărui operator economic interesat de procedură, la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat şi pe cale de consecinţă, comunicarea programului privind perioada în care vor fi efectuate testele tuturor operatorilor economici interesaţi de procedură cu cel puţin 2 zile lucrătoare înainte de data efectuării testelor;
- acordarea operatorilor economici interesaţi de procedură a posibilităţii de a preleva minim patru probe de nămol pentru efectuarea

unor teste în propriul laborator cu cel puţin 5 zile înainte de testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat;

- în subsidiar – anularea procedurii.

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

Prin contestaţia nr. 2366/10.11.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 48138/13.11.2017, SC ...SRL, în calitate de operator economic interesat de participarea la procedura de atribuire în cauză, critică faptul că prevederile documentaţiei de atribuire încalcă prevederile legale şi a principiilor aplicabile în materia achiziţiilor sectoriale în ceea ce priveşte testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit /tona substanţă uscată nămol deshidratat.

Contestatoarea menţionează că prin solicitarea de clarificări din data de 27.10.2017, a solicitat modificarea caietului de sarcini, în sensul de a permite tuturor operatorilor economici interesaţi de procedura de atribuire (înscrişi la procedura de atribuire în SEAP) de a:

- fi prezenţi la testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat; şi
- preleva probe de nămol pentru efectuarea unor teste în propriul laborator (independent de prezenta procedură de atribuire), înainte de testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat.

Entitatea contractantă a răspuns solicitării de clarificări antemenţionate prin Clarificarea nr. 1 (nr. 29114 DG/SA/31.10.2017), prin care a învederat că *„Cerinţele din documentaţia de atribuire rămân neschimbate”*.

Totodată la data de 30.10.2017, în conformitate cu prevederile art. 6 din Legea nr. 101/2016 contestatoarea a transmis entităţii contractante notificarea prealabilă nr. 2344 iar prin răspunsul la notificarea prealabilă nr. 29120/DG/SA din data de 02.11.2017, entitatea contractantă a refuzat adoptarea oricăror măsuri de remediere.

În continuare, contestatoarea invocă nelegalitatea documentaţiei de atribuire, referindu-se în acest sens la faptul că termenul limită pentru primirea ofertelor stabilit de entitatea contractantă este nelegal, motiv pentru care se impune prelungirea perioadei de depunere a ofertelor din două perspective:

- pe de o parte, perioada de depunere a ofertelor stabilită prin anunţul de participare nr. 179931/20.10.2017 este insuficientă, nerezonabilă şi nelegală prin raportare la termenele minime stabilite de legislaţia achiziţiilor sectoriale şi complexitatea procedurii de atribuire;
- pe de altă parte, prelungirea perioadei de depunere a ofertelor se impune prin prisma necesităţii modificării şi completării cerinţelor nelegale din cuprinsul documentaţiei de atribuire în ceea ce priveşte testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat.

Contestatoarea învederează că termenul este insuficient şi nerezonabil acordat pentru pregătirea si depunerea ofertelor fiind încălcate prevederile art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, conform cărora legiuitorul instituie obligaţia entităţii contractante de a stabili o perioadă pentru depunerea ofertelor mai mare decât perioada minimă prevăzută de lege, atunci când ofertele nu pot fi elaborate decât după vizitarea amplasamentului sau după consultarea la faţa locului a unor documente suplimentare pe care se bazează documentele achiziţiei.

Acestei obligaţii îi corespunde dreptul corelativ al operatorilor economici de a li se asigura de către entitatea contractantă a un timp suficient şi adecvat pentru pregătirea ofertelor, astfel încât să aibă posibilitatea reală şi efectivă:

- pe de o parte, de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor;
- pe de altă parte, de a pregăti oferta în mod corespunzător, în funcţie de informaţiile obţinute în urma vizitării amplasamentului, în condiţiile în care:
- potrivit anunţului de participare nr. 2017/S 204-422037, data expedierii anunţului este data de 19.10.2017;
- anunţul de participare (sectoriale) nr. 179931 a fost publicat în SEAP la data de 20.10.2017,
- termenul pentru depunerea ofertelor este luni, 27.11.2017, ora 16:00, rezultă că perioada de depunere a ofertelor este de doar 38 de zile.

Contestatoarea apreciază că această perioadă a fost stabilită cu încălcarea prevederilor art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, cele 38 de zile nefiind nicidecum suficiente pentru:

- prelevarea de probe de nămol;
- efectuarea testărilor; şi
- pregătirea ofertelor.

Mai mult, potrivit caietului de sarcini, fiecare operator economic are la dispoziţie două zile consecutive pentru a efectua testele, neexistând garanţia că, ulterior efectuării testelor, aceştia vor avea timp suficient pentru pregătirea ofertelor tehnice.

Necesitatea prelungirii termenului de depunere a ofertelor raportat la natura şi complexitatea contractului a fost constatată şi de C.N.S.C., în jurisprudenţa sa anterioară, cu titlu exemplificativ, decizia publicată sub B02016_954 (pe deplin aplicabilă şi sub imperiul noii legislaţii), potrivit căreia, *„Referitor la criticile ambilor contestatori cu privire la decalarea termenului de depunere a ofertelor, Consiliul urmează să le admită având în vedere pe de o parte natura şi complexitatea contractului ce implică şi elaborarea unei oferte de aceeaşi complexitate iar pe de altă parte remedierea documentaţiei de atribuire care a fost elaborată cu încălcarea prevederilor legale.*

Faţă de aceste aspecte, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante să decaleze termenul de depunere a ofertelor ţinând cont de prevederile art. 71 din OUG nr. 34/2006 astfel încât operatorii economici să beneficieze de un interval de timp adecvat şi suficient pentru elaborarea ofertelor”.

Astfel, nu pot fi reţinute aserţiunile entităţii contractante în sensul în care acordul - cadru nu este unul de complexitate ridicată şi că în prezenta procedură nu este incidentă situaţia prevăzută la art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

Complexitatea procedurii în prezenta speţă nu rezidă în faptul că *„oferta implică doar 2 produse"* sau în volumul de documente solicitate, ci în întregul proces care premerge alegerii celor 2 produse ofertate. Pregătirea ofertei tehnice presupune, anterior redactării efective a acesteia, şi alegerea celor două produse optime pentru staţia de epurare din Cluj şi conforme cu caracteristicile tehnice ale acesteia, atât prin prelevarea unor probe de nămol, cât şi prin efectuarea testărilor pentru stabilirea consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat. În atare condiţii, este evident că perioada stabilită pentru depunerea ofertelor nu este suficientă şi adecvată pentru prelevarea de probe de nămol şi pentru efectuarea testărilor.

Etapa de testare presupune o procedură mult mai îndelungată şi mai complexă decât o simplă vizitare a amplasamentului. Este adevărat, totodată, şi că vizitarea amplasamentului este un drept prevăzut de lege pentru operatorii economici, în timp ce testarea este în prezenta speţă o etapa sine qua non pentru participarea la procedura. Prin urmare, cu atât mai mult se impune prelungirea termenului limită de depunere a ofertelor cu cât procedura de testare, etapă premergătoare obligatorie, este mult mai complexă decât o simplă vizitare de amplasament.

Mai mult, anterior efectuării testelor, este imperios necesară prelevarea unor mostre ale nămolului în vederea efectuării unor teste de laborator de către contestatoare. Doar astfel se pot prezenta în etapa de testare 3.1.2 Nerespectarea de facto a termenului minim legal de 30 de zile [încălcarea art. 87 alin. (1) şi alin. (4) din Legea nr. 99/2016].

Potrivit art. 87 alin. (1) si alin. (4) din Legea nr. 99/2016, perioada minimă dintre data transmiterii anunţului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene şi data limită de depunere a ofertelor este de cel puţin 30 de zile.

Scopul acestei prevederi legale este de a asigura operatorilor economici din toate statele membre ale Uniunii Europene un timp suficient pentru a lua la cunostinţă de demararea procedurii de atribuire, pentru a solicita eventuale clarificări, pentru a decide dacă procedura este de interes şi, în fine, pentru a pregăti efectiv oferta.

Or, în prezenta procedură, solicitarea pentru efectuarea testelor trebuie transmisă cu cel mult 20 de zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor (astfel cum rezultă de la pag. 4 din caietul de sarcini şi secţiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din fişa de date a achiziţiei. În acest context, operatorii economici interesaţi de procedură au la dispoziţie, în fapt, doar 18 zile pentru transmiterea solicitării pentru efectuarea testelor, iar acei operatori care nu au transmis solicitarea în timp util nu vor putea participa la procedură.

Prin urmare, prin stabilirea acestui termen, entitatea contractantă a diminuat în mod artificial termenul minim de 30 de zile, la 18 zile. Acei operatori economici care nu au luat la cunoştinţă de organizarea prezentei

proceduri sau nu au reuşit să transmită solicitarea de participare la procedură în termenul de 18 zile, vor fi excluşi de plano din procedură.

Astfel, nu numai că entitatea contractantă nu a luat în considerare complexitatea procedurii, prin prisma etapelor prealabile impuse (i.e. testarea) sau a celor necesare (e.g. prelevarea de probe anterior testărilor), dar, de facto, termenele stabilite de entitatea contractantă nu respectă nici măcar pragurile minime impuse de legislaţia achiziţiilor sectoriale, tocmai pentru a asigura transparenţa şi nediscriminarea în cadrul procedurilor de atribuire.

Prelungirea termenului de depunere a ofertelor se impune, aşadar, inclusiv prin prisma îngrădirii concurenţei şi a necesităţii asigurării unui climat concurenţial în cadrul procedurii de atribuire. Dacă nu va prelungi termenul impus pentru depunerea ofertelor, entitatea contractantă nu va mai primi acelaşi număr de oferte, iar limitarea numărului de oferte va conduce cel mai probabil la ofertarea unor preţuri mai mari de către operatorii care vor reuşi să participe la procedură.

În lumina celor de mai sus, nu pot fi reţinute nici aserţiunile entităţii contractante din răspuns, în sensul în care a respectat prevederile art. 87 din Legea nr. 99/2016, atunci când a stabilit perioada de depunere a ofertelor.

Contestatoarea apreciază că obligarea entităţii contractante la prelungirea corespunzătoare a termenului de depunere a ofertelor se impune inclusiv prin prisma necesităţii de a modifica şi completa cerinţele nelegale din cuprinsul documentaţiei de atribuire în ceea ce priveşte testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat (pct. 12 din caietul de sarcini).

Art. 163 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 stipulează expressis verbis obligaţia entităţilor contractante de a prelungi perioada stabilită în anunţul de participare pentru depunerea ofertelor, în cazul în care se modifică semnificativ documentele achiziţiei. Durata acestei prelungiri va trebui să fie proporţională cu volumul şi complexitatea modificărilor aduse documentelor achiziţiei (art. 163 alin. (2) din Legea nr. 99/2016).

Contestatoarea învederează faptul că CNSC a dispus prelungirea termenului de depunere a ofertelor în cazuri similare, cu titlu de exemplu -- decizia publicată sub B02017_3185: *„Văzând volumul informaţiilor de completare, Consiliul va obliga organizatoarea şi la decalarea termenului de depunere a ofertelor cu o perioadă adecvată, în concordanţă cu dispoziţiile art. 152 alin. (1) din Legea nr. 98/2016...”*,
- decizia publicată sub nr. B02017_2492: *„În ceea ce priveşte decalarea termenului de depunere a ofertelor, faţă de obligaţiile autorităţii contractante de a pune în practică măsura de remediere susmenţionată şi de a răspunde solicitărilor de clarificări, în considerarea art. 153 alin. (1) şi (3) din Legea nr. 98/..., termenul limită de depunere a ofertelor se va prelungi cu un termen rezonabil, necesar întocmirii ofertelor”.*

De asemenea, caietul de sarcini (pct. 12) prevede organizarea unor testări în vederea stabilirii consumului de polieoectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat, anterior depunerii ofertelor:

„Deoarece consumul de polielectrolit/tona de substanţă uscată constituie factor de evaluare, pentru stabilirea acestuia fiecare participant la procedură va efectua teste în Staţia de Epurare Cluj-Napoca.

Fiecare operator economic are obligaţia de a transmite entităţii contractante o solicitare în vederea efectuării testelor. Solicitarea pentru efectuarea testelor poate fi transmisă în perioada de la publicarea anunţului de participare în SEAP şi cu cel mult 20 de zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor. Solicitarea va conţine obligatoriu şi datele de identificare ale operatorului economic (denumire, adresa, telefon, persoana responsabilă) şi se va transmite în cadrul anunţului de participare la secţiunea „întrebări".

Operatorii economici, care au transmis o solicitare entităţii contractante, vor fi programaţi pentru efectuarea testelor, în ordinea înregistrării solicitării la entitatea contractantă. În două zile de la data primirii solicitării, entitatea contractantă are obligaţia de a transmite operatorului economic programul privind perioada în care acesta va efectua testele, în anunţul de participare la secţiunea „întrebări".

Totodată, caietul de sarcini (pct. 12, pag. 4-5) detaliază procedura de testare şi impune o serie de cerinţe tehnice minime pentru desfăşurarea testărilor, precum:

Etapa din procedura de testare	Cerinţe tehnice minime
Etapa de deshidratare	a) durata testului: 2 h b) centrifuga de nămol să funcţioneze la capacitate de 30 mc nămol; c) umiditatea nămolului de intrare va fi menţinută relativ constantă; d) concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,1 - 0,5%; e) suspensii totale apă de rejecţie: max. 700 mg/l; f) reziduu total apă de rejecţie: max. 2000 mg/l; g) aspect apă de rejecţie: clara - slab opalescentă, fără spumare; h) umiditatea nămolului deshidratat: max. 70%; i) consumul specific de polielectrolit: max. 4 kg/t s.u.
Etapa de îngroşare	a) durata testului: 2 h b) îngroşatorul dinamic cu tambur pe care se fac testele să funcţioneze la capacitate de 26 mc nămol; c) umiditatea nămolului de intrare va fi menţinuta relativ constantă; d) concentraţia soluţiei de polielectrolit: 0,05 - 0,25%; e) suspensii totale apă de rejecţie: max. 700 mg/l;

	f) reziduu total apă de rejectie: max. 2000 mg/l; g) aspect apă de rejecţie: clară - slab opalescentă, fără spumare; h) umiditatea nămolului deshidratat: max. 95%; i) consumul specific de polielectrolit: max. 5 kg/t s.u.

Respectarea dreptului oricărui operator economic interesat de procedura de atribuire de a participa la testările efectuate de ceilalţi operatori economici este singura măsură ce poate fi adoptată de entitatea contractantă în vederea asigurării unor testări corecte şi transparente a produselor (i.e. a polielectrolitului utilizat la efectuarea testelor). Doar acordând accesul acestor operatori la testări, poate fi verificată:

- corectitudinea procedurii de testare şi respectarea tuturor paşilor prevăzuţi la pct. 12 din caietul de sarcini;
- respectarea tuturor cerinţelor minime impuse prin caietul de sarcini;
- respectarea principiului tratamentului egal pe parcursul efectuării testărilor.

Verificarea corectitudinii testărilor este cu atât mai importantă cu cât acestea au un rol esenţial atât pentru pregătirea ofertelor, cât şi pentru desemnarea ofertei câştigătoare în cadrul procedurii de atribuire.

Rapoartele de încercări întocmite în urma finalizării testărilor vor fi incluse în propunerea tehnică. Potrivit caietului de sarcini:

- 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 îngroşarea 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 şi şeful laboratorului de analize din staţia de epurare;
- operatorul economic are obligaţia de a include rapoartele de încercări în propunerea tehnică.

În acelaşi sens, potrivit secţiunii IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din fişa de date a achiziţiei, *„Operatorul economic va elabora propunerea tehnică astfel încât aceasta să respecte în totalitate cerinţele obligatorii prevăzute în caietul de sarcini.*

Operatorul economic va prezenta în propunerea tehnică următoarele:

- Raportul de încercări obţinut după efectuarea testelor [...]".

Prin urmare, aspectele consemnate în rapoartele de încercări obţinute după efectuarea testărilor pot determina conformitatea/neconformitatea unei oferte. Cu titlu de exemplu, în ceea ce priveşte cerinţele tehnice ale produsului, caietul de sarcini (pag. 2) impune următoarele: *„Agentul de deshidratare nu trebuie să producă ca efect secundar, spumă pe conducta de evacuare a filtratului, situaţie care va fi consemnată în Raportul de încercări întocmit cu ocazia efectuării testelor"*.

Or, potrivit caietului de sarcini (pag. 5), oferta care nu va respecta cerinţele tehnice minime va fi declarată neconformă şi va fi respinsă.

De asemenea, contestatoarea învederează şi faptul că rapoartele de încercări întocmite în urma finalizării testărilor influenţează substanţial punctajul obţinut prin aplicarea criteriului de atribuire.

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.

Potrivit celor consemnate în secţiunea antecitată şi în caietul de sarcini (pag. 7), consumurile specifice luate în considerare sunt cele realizate în timpul testelor în Staţia de Epurare şi care sunt specificate în Rapoartele de încercări conform anexa nr. 1 şi 2 la caietul de sarcini.

În acest sens, Rapoartele de încercări anexate caietului de sarcini (Anexa nr. 1 şi Anexa nr. 2) includ secţiuni speciale pentru:

- consumul specific de polielectrolit pentru deshidratarea nămolului; şi
- consumul specific de polielectrolit pentru îngroşarea nămolului.

Aşadar, testările (şi implicit Rapoartele de încercări întocmite în urma finalizării testărilor) influenţează în mod direct şi substanţial punctajul obţinut în evaluarea ofertelor, afectând, astfel, şi şansele fiecărui operator economic de declarare drept câştigătoare a ofertei sale.

Nici justificările entităţii contractante din răspuns nu sunt în măsură să convingă de justeţea interdicţiei de a participa la testări, întrucât:

- afirmaţia „entitatea contractantă asigură aceleaşi condiţii de testare şi pune la dispoziţia operatorilor economici aceeaşi aparatură", reiterează în linii generale, detaliile stabilite precizate deja prin caietul de sarcini; cu atât mai mult cu cât susţine că va asigura aceleaşi condiţii şi aceeaşi aparatură, entitatea contractantă nu are absolut nicio justificare pentru restricţionarea accesului celorlalţi operatori la procedura de testare;
- faptul ca laboratorul în care se vor efectua analizele este acreditat RENAR nu schimbă cu nimic faptul că analizele vor fi efectuate în „laboratorul de analize din staţia de epurare" (pag. 4-5 din caietul de sarcini) şi nu de către o terţa parte independentă de procedură; de altfel, şi în jurisprudenţa anterioară a Consiliului (Decizia publicată sub B02016_1282), s-a subliniat faptul că: *„Nu în ultimul rând, este de remarcat şi faptul că suspiciunea ofertanţilor referitoare la testarea în condiţii diferite a produselor este justificată, din moment ce la această etapă nu au participat reprezentanţi ai acestora, pentru respectarea principiului transparenţei. Analizele respective nefiind efectuate de un laborator independent şi autorizat, ci de însăși autoritatea contractantă, evident că rezultatul lor este pus sub semnul întrebării".*
- în ceea ce priveşte argumentul potrivit căruia *„având în vedere că eventualele propuneri tehnice nu sunt publice înainte de data limită de depunere a ofertelor; consideram că nu este admisibilă prezenţa operatorilor economici la testele industriale ale celorlalţi operatori economici, teste care vor putea face parte dintr-o viitoare posibilă ofertă",* contestatoarea afirmă că ofertele vor include rapoartele de testare, şi nu

procedura de testare ca atare; or, aceasta susţine că a solicitat accesul oricărui operator economic la toate procedurile de testare, şi nu neapărat la rapoartele de testare întocmite la finalizarea acestora; cu privire la aceste rapoarte, entitatea contractantă neagă celorlalţi operatori accesul la informaţii pe care însăşi entitatea contractantă le va avea la dispoziţie anterior depunerii ofertelor, contrar prevederilor legale; regula este, într-adevăr, că propunerile tehnice nu sunt publice înainte de depunerea ofertelor; dar această regulă se aplică în egală măsură şi entităţii contractante, care nu ar trebui să aibă acces la asemenea informaţii anterior deschiderii ofertelor; astfel, art. 79 alin. (3) din Legea nr. 99/2016 stipulează că *"entitatea contractantă ia cunoştinţă de conţinutul ofertelor [...] numai de la data stabilită pentru deschiderea acestora"*;

- faţă de cele de mai sus, tocmai în virtutea principiului bunei credinţe care ar trebui să ghideze relaţiile dintre participanţi invocat de entitatea contractantă, aceasta din urmă ar trebui să asigure accesul egal, transparent şi nediscrimatoriu al tuturor operatorilor economici la procedurile de testare "atributul verificării corectitudinii procedurii" revine în sistemul european de achiziţii publice şi sectoriale tocmai operatorilor economici participanţi la proceduri; întregul sistem de remedii a fost structurat în maniera actuală tocmai pentru că participanţii la proceduri sunt cei mai în măsură să verifice în timp real această corectitudine şi să prevină efectele eventualelor derogări de la litera şi spiritul legislaţiei prin sesizarea instanţelor sau organismelor competente.

În concluzie, având în vedere că testările efectuate au un impact semnificativ atât asupra ofertelor depuse (şi implicit a evaluării ofertelor tehnice), cât şi asupra desemnării ofertei câştigatoare a procedurii de atribuire, posibilitatea de a verifica corectitudinea acestor testări şi respectarea principiului tratamentului egal pe parcursul acestora este deosebit de importantă pentru asigurarea transparenţei în cadrul procedurii de atribuire.

Având în vedere cele precizate anterior, contestatoarea solicită obligarea autorităţii contractante

- de a acorda accesul tuturor operatorilor economici interesaţi de procedură la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat; si, pe cale de consecinţă,
- de a comunica programul privind perioada în care vor fi efectuate testele tuturor operatorilor economici interesaţi de procedură cu cel puţin 2 zile lucrătoare înainte de data efectuării testelor.

Contestatoarea invocă totodată dreptul operatorilor economici de a preleva probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj-Napoca înainte de efectuarea testărilor.

Potrivit pct. 12 din caietul de sarcini (pag. 4), testările vor fi efectuate prin prelevarea a câte patru probe de nămol:

„Pe parcursul testului se vor preleva câte patru probe de nămol la intrare în centrifuga respectiv îngroşator, de apă de rejecţie de la deshidratare respectiv îngroşare şi de nămol deshidratat respectiv îngroşat, din care se vor efectua următoarele analize: umiditate (%), materii totale în suspensie (mg/l) şi reziduu total (mg/1). În calcul se va

lua media analizelor de la cele patru probe. Prima probă se va preleva la ora 12:30, iar celelalte 3 probe la interval de 30 de minute de la prima probă prelevată".

Potrivit art. 162 alin. (2) şi art. 164 din Legea nr. 99/2016 precum şi art. 22 alin. (2) din Normele metodologice *„Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţa, criteriu, regula si alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completa, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire*", 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, precum şi posibilitatea reală şi efectivă de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor.

Acestei obligaţii îi corespunde dreptul corelativ al operatorilor economici de a li se permite de către entitatea contractantă, ori de câte ori au nevoie, în vederea pregătirii unei oferte corecte şi corespunzătoare, de a avea acces la informaţii care nu pot reieşi, de exemplu, decât din prelevarea unor mostre de nămol.

Dreptul operatorilor economici interesaţi de a avea posibilitatea reală şi efectivă de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor stă la temelia sistemului de achiziţii sectoriale, decurgând din chiar principiul transparenţei. Astfel, obligaţia legală a entităţii contractante de a permite operatorilor economici interesaţi vizitarea amplasamentului în vederea prelevării de mostre de nămol, anterior efectuării testărilor în vederea stabilirii consumului, rezultă şi din sarcina care incumbă acesteia 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.

În prezenta procedură, acordarea posibilităţii operatorilor economici interesaţi de procedură, de a preleva mostre în vederea efectuării în laboratoarele proprii a unor teste pe nămolul provenit din staţia de epurare anterior efectuării testărilor industriale, este esenţială pentru:

- prezentarea la testare a produselor corespunzătoare, conforme cu caracteristicile tehnice ale staţiei de epurare din Cluj-Napoca si cu cerinţele minime stabilite prin caietul de sarcini;
- prezentarea la testare a produselor optime, cu eficienţa maximă, care să ofere operatorilor economici care nu au mai colaborat în trecut cu entitatea contractantă o şansă reală de a câştiga contractul, în considerarea criteriului de atribuire (cu o pondere a factorului tehnic de 65%).

Faţă de afirmaţiile entităţii contractante din răspuns în sensul în care, *„Oferta pe care aceştia aleg să o depună va trebui să conţină raportul de încercări emis la finalul testării astfel ca necesitatea de a preleva alte mostre de nămol anterior efectuării testelor din laboratorul Staţiei de Epurare Someseni-Cluj pentru a fi testate în alte condiţii (alte laboratoare, cu alte echipamente), nu este relevantă"*, contestatoarea subliniază faptul că a solicitat prelevarea de probe de nămol pentru efectuarea unor teste în propriul laborator, în vederea prezentării la testare a produselor

corespunzătoare, conforme cu caracteristicile tehnice ale staţiei de epurare din Cluj-Napoca, nicidecum cu scopul de a depune rezultatele testelor efectuate în propriul laborator în cadrul propunerii tehnice.

În ceea ce priveşte afirmaţia entităţii contractante conform căreia *„în ziua testului până la orele 12:00, ofertanţii au posibilitatea să testeze polielectroliţii şi să facă reglările echipamentelor puse la dispoziţie de entitatea contractantă*", s-ar putea înţelege din afirmaţia de mai sus că, în prima zi de testare, contestatoarea ar avea posibilitatea de a se prezenta cu 30-40 saci de polimeri la staţia de epurare pentru a efectua testele de laborator şi ar putea alege astfel produsele potrivite ce urmează a fi testate.

Pe lângă faptul că nu este posibilă testarea polielectroliţilor într-un interval atât de scurt practic, fără aceste mostre, alegerea polimerului optim care va fi prezentat la testarea industrială va fi făcută „pe bâjbâite", bazându-se exclusiv pe experienţa echipei sau pe similitudini presupuse cu instalaţiile de la alte staţii de epurare.

Totodată, contestatoarea invocă încălcarea principiilor tratamentului egal, transparenţei şi restrictionarea concurenţei prin:

- neasigurarea unor mijloace prin care operatorii economici să aibă posibilitatea reală de a verifica corectitudinea acestor testări şi respectarea principiului tratamentului egal pe parcursul acestora;
- 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. prelevarea unor probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj-Napoca, anterior efectuării testărilor oficiale), entitatea contractantă incalcă în mod flagrant principiile tratamentului egal şi transparenţei prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. b) şi d) din Legea nr. 99/2016.

Or, potrivit art. 62 din Legea nr. 99/2016, *„Entităţile contractante au obligaţia să respecte toate principiile conform art. 2 alin. (2), în mod special un tratament egal şi nediscriminatoriu, şi să acţioneze într-o manieră transparentă şi proporţională".*

Totodată, în absenţa prelevării unor probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj- Napoca, sunt dezavantajaţi operatorii economici care nu au mai colaborat cu entitatea contractantă şi nu au avut astfel posibilitatea reală şi efectivă de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare şi în condiţii optime a ofertelor, în detrimentul celor care au colaborat anterior cu entitatea contractantă şi sunt familiarizaţi cu caracteristicile tehnice ale staţiei de epurare din Cluj-Napoca. În măsura în care entitatea contractantă nu va permite prelevarea de probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj-Napoca, anterior efectuării testărilor oficiale, aceşti operatori economici se vor afla în imposibilitatea de a formula o ofertă corespunzătoare şi optimă în prezenta procedură.

De asemenea, în absenţa asigurării accesului oricărui operator economic interesat de procedura de atribuire la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat, operatorii economici nu au nicio garanţie a corectitudinii procedurii testării şi a faptului că operatorii economici sunt trataţi în mod egal pe parcursul procedurii de testare. În atare condiţii de

netransparenţă, operatorii economici vor fi descurajaţi de participarea la procedura de atribuire, fiind astfel restricţionată în mod artificial concurenţa în cadrul procedurii de atribuire.

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 să determine împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenţei, entitatea contractantă are obligaţia de a elimina efectele rezultate dintr-o astfel de împrejurare, adoptând, potrivit competențelor, după caz, măsuri corective de modificare, încetare, revocare sau anulare ale actelor care au afectat aplicarea corectă a procedurii de atribuire sau ale activităţilor care au legătură cu acestea.

Entitatea contractantă a transmis documentele necesare soluţionării contestaţiei precum şi punctul său de vedere înregistrat la Consiliu cu nr. 49660/21.11.2017, prin care solicită respingerea contestaţiei formulată de ....SRL ca fiind nefondată, menţinerea documentaţiei de atribuire aşa cum a fost publicată şi continuarea procedurii de atribuire.

În susţinerea solicitării sale, entitatea contractantă apreciază că nu sunt întrunite condiţiile cerute de art. 2 din Legea nr. 101/2016 pentru admiterea contestaţiei, deoarece nu a încălcat nicio dispoziţie legală aplicabilă în materie şi a vătămat niciun drept sau interes legitim al contestatoarei prin niciun act.

Entitatea contractantă menţionează că atât prin notificarea prealabilă cât şi prin contestaţie se fac doar afirmaţii cu caracter general încercându-se astfel să se creeze aparenţa unei temeinicii şi legalităţi a demersului.

Pentru început, entitatea contractantă face o scurtă prezentare a situaţiei de fapt, precizând că a realizat o prospectare a pieţei de profil pentru a observa dinamica acesteia raportat la momentul desfăşurării anterioare a procedurii de achiziţionare a acestui tip de produse, respectiv polielectrolit pentru deshidratarea nămolului şi polielectrolit pentru îngroşarea nămolului activ exces.

Ultima procedură finalizată de entitatea contractantă cu încheierea unui acord-cadru a avut loc în 2014.

Astfel, la elaborarea documentaţiei de atribuire, entitatea contractantă a avut în vedere nu numai modul de desfăşurare a procedurilor anterioare ci şi rezultatul studierii pieţei de profil.

În urma prospectării pieţei, s-a constatat că pe piaţa europeană există maximum 14 tipuri de agenţi de floculare cationici solizi (necesitatea entităţii contractante).

Pornind de la această informaţie şi de la informaţiile privind modul de desfăşurare a testelor în cadrul precedentelor proceduri de achiziţie, la

întocmirea caietului de sarcini s-a avut în vedere inclusiv ipoteza în care un operator economic ar furniza toate cele 14 tipuri de agenţi de floculare.

De asemenea, pornind de la informaţiile rezultate în urma prospectării pieţei precum şi faptul că la procedura de achiziţie precedentă s-au înscris 6 operatori economici pentru efectuarea testelor, entitatea contractantă a stabilit pentru efectuarea testelor un timp suficient de lung pentru a acorda şansa egală participării a cât mai mulţi operatori economici.

Deoarece entitatea contractantă este un operator regional al sistemului de apă şi canalizare, produsele solicitate, respectiv polielectrolit pentru deshidratarea nămolului şi polielectrolit pentru îngroşarea nămolului activ exces, se vor utiliza în activităţile de epurare a apei uzate care se desfăşoară în staţiile de epurare din cadrul ... situate în Someşeni - Cluj, respectiv în staţiile de epurare din cadrul sucursalelor Zalău, Dej şi Gherla, iar asigurarea continuă a acestor produse este necesară în procesul de tratare a nămolului rezultat prin epurarea apei.

Criteriul de atribuire a acordului-cadru stabilit de către entitatea contractantă în documentaţia de atribuire, conform art. 209 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 99/2016, este oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic, respectiv „cel mai bun raport calitate-preț". Acest aspect relevă importanţa calităţii produsului în raport cu preţul, calitatea având o pondere mai mare în etapa de evaluare. Necesitatea achiziţionării unui produs optim calitativ impune ca operatorul economic să fie un profesionist cu o anume experienţă.

Pentru a se asigura că operatorul economic are experienţa necesară pentru îndeplinirea acordului - cadru, entitatea contractantă a impus ca fiecare operator economic participant la procedură să facă dovada că în ultimii trei ani, raportat la data limită de depunere a ofertelor, a livrat produse similare obiectului acordului-cadru, la nivelul unuia sau mai multor contracte. Prin produse similare se va înţelege: agenţi de floculare (floculant), polimeri.

Ofertanţii vor trebui să dovedească faptul că produsele similare au fost recepţionate în cadrul perioadei de 3 ani, raportat la data limită de depunere a ofertelor, prin prezentarea următoarelor documente, dar fără a se limita la acestea, enumerarea nefiind cumulativă: certificate de predare-primire, procese-verbale de recepţie, certificări de bună execuţie, certificate constatatoare. Acestea vor fi emise sau contrasemnate de către beneficiar.

De asemenea, entitatea contractantă învederează că data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită în 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 ce a fost depusă înainte ca operatorul economic Brenntag SRL să solicite o programare pentru a efectua teste.

În data de 01.11.2017 operatorul economic ... solicită programarea la teste. A fost programat în datele de 15-16.11.2017.

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. Dând dovadă de bună credinţă şi în scopul de a asigura transparenţă şi tratament egal, entitatea contractantă acceptând solicitarea, reprogramează operatorul pentru datele de 16.11.2017 şi 17.11.2017.

De asemenea, entitatea contractantă menţionează că în urma procesului de verificare a conformităţii cu legislaţia în domeniul achiziţiilor publice a documentaţiilor de atribuire de către Direcţia Generală Control Ex-ante din cadrul ANAP, s-a emis acceptul în vederea iniţierii procedurii de atribuire de către entitatea contractantă aşa cum este postată în S.E.A.P, aceasta fiind o dovadă că la elaborarea documentaţiei de atribuire, entitatea contractantă 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.

Documentaţia de atribuire aferentă acordului-cadru a fost redactată de către entitatea contractantă având în vedere atât prevederile legale cât şi principiile aplicabile în materia achiziţiilor sectoriale, inclusiv în ceea ce priveşte organizarea testărilor în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanţă uscată nămol deshidratat.

Entitatea contractantă apreciază că în perioada de două zile, orice operator economic poate să efectueze teste de laborator pe mostrele de nămol puse la dispoziţie în laboratorul Staţiei de Epurare Someşeni în vederea stabilirii polimerilor, floculanţilor, polielectroliţilor adecvaţi.

Astfel, aşa cum rezultă din documentaţia de atribuire, durata testului efectiv va fi de 2 ore, umiditatea nămolului de intrare pus la dispoziţie va fi menţinută relativ constantă, centrifuga de nămol va funcţiona la capacitatea de 30 mc nămol-pentru etapa de deshidratare, îngroşătorul dinamic cu tambur pe care se fac testele va funcţiona la capacitatea de 26 mc nămol-pentru etapa de îngroşare, iar ca echipamente tehnice se vor utiliza pentru etapa de deshidratare un decantor centrifugal FLOTTWEG, instalaţia de dozare polielectrolit de tip POLISOL PLT5500Q, iar pentru etapa de îngroşare se vor utiliza 4 concentratoare de nămol cu tambur rotativ acoperit cu filtru de pânză, model COSME CAD 4, cu turaţie 2,5-12,5 rotaţii/min. şi cu un debit orar de maxim 50mc/h.

În ceea ce priveşte corectitudinea testărilor, aceasta nu poate fi pusă la îndoială, deoarece se realizează într-un laborator acreditat RENAR.

Totodată, în ceea ce priveşte termenul de depunere a ofertelor, entitatea contractantă învederează faptul că la elaborarea calendarului desfăşurării acestei proceduri s-au avut în vedere toate dispoziţiile legale care reglementează imperativ aceste aspecte. Entitatea contractantă a

respectat prevederile referitoare la termenul limită de depunere a ofertelor, astfel cum este precizat la art. 87 din Legea nr. 99/2016.

La stabilirea termenelor s-a avut în vedere corelarea perioadei de depunere a ofertelor cu complexitatea acordului-cadru, precum şi cu cerinţele specifice, astfel încât operatorii economici interesaţi să beneficieze de un interval de timp adecvat pentru elaborarea ofertelor şi pentru pregătirea documentelor de calificare şi selecţie.

Acordul-cadru care face obiectul prezentei proceduri nu este unul de complexitate ridicată, oferta implică doar 2 tipuri de produse, iar cerinţele specificate prin fişa de date nu presupun un volum mare de documente care trebuie întocmite de către operatorii economici interesaţi în vederea depunerii unei oferte.

De asemenea, în cadrul prezentei proceduri nu este situaţia invocată de contestatoare, aceea a vizitării amplasamentului avută în vedere de legiuitor în art. 162 alin. (2) din Legea nr, 99/2016. În speţă, accesul la Laboratorul entităţii contractante se face strict cu scopul de a participa operatorii economici la teste, etapă premergătoare şi obligatorie elaborării şi depunerii de oferte.

În ceea ce priveşte solicitarea contestatoarei privind dreptul operatorilor economici interesaţi de procedura de atribuire de a participa la testările organizate de entitate contractantă pentru ceilalţi operatori economici, se menţionează că întrucât eventualele propuneri tehnice nu sunt publice înainte de data limită de depunere a ofertelor, nu este admisibilă prezenţa operatorilor economici la testele industriale ale celorlalţi operatori economici, teste care vor putea face parte dintr-o viitoare posibilă ofertă, respectiv propunere tehnică.

Entitatea contractantă apreciază că prin aceasta se protejează de asemenea şi aspecte care intră în sfera unor secrete comerciale, protejarea unor mărci şi chiar confidenţialitatea unei părţi semnificative din ofertă.

Referitor la obţinerea de către operatorii economici a tuturor informaţiilor necesare elaborării unei oferte competitive şi în conformitate cu cerinţele entităţii contractante, documentaţia de atribuire încărcată pe SEAP conţine toate informaţiile necesare şi paşii de urmat pentru ca orice operator economic interesat să poată depune o ofertă.

În mod corect entitatea contractantă a stabilit că fiecare operator economic are dreptul să efectueze testări în vederea stabilirii consumului de polielectrolit conform programărilor stabilite în cerinţele caietului de sarcini.

De asemenea, fiecare operator economic are dreptul să-şi organizeze procedura/metoda de testare (cu respectarea indicaţiilor din caietul de sarcini) şi să beneficieze de dreptul de confidenţialitate faţă de concurenţă.

Entitatea contractantă consideră că operatorul economic se află în eroare cu privire la atributul verificării corectitudinii procedurii de testare, al respectării tuturor paşilor prevăzuţi în caietul de sarcini precum şi respectarea tuturor cerinţelor minime impuse de entitatea contractantă.

Conform prevederilor art. 133 din HG nr. 394/2016, referitoare la atribuţiile comisiei de evaluare constituită la nivelul entităţii contractante, doar comisia de evaluare poate aprecia dacă sunt sau nu îndeplinite

cerinţele din caietul de sarcini, în etapa de evaluare, după depunerea ofertelor de către ofertanţi, când analizează şi evaluează ofertele.

Referitor la afirmaţiile privind dreptul operatorilor economici de a preleva probe de nămol de la Staţia de epurare din Cluj-Napoca înainte de efectuarea testărilor, Compania de Apă Someş SA, în calitate de entitate contractantă e interesată ca procesul de achiziţie să fie transparent, doreşte achiziţionarea unui produs optim, calitativ, la cel mai avantajos preţ, de aceea impune testarea în laboratorul din cadrul Staţiei de Epurare Someşeni-Cluj a produselor operatorilor economici interesaţi de participare la procedură.

Oferta pe care aceştia aleg să o depună va trebui să conţină raportul de încercări emis la finalul testării, astfel că necesitatea de a preleva alte mostre de nămol anterior efectuării testelor din laboratorul Staţiei de Epurare Someşeni-Cluj pentru a fi testate în alte condiţii (alte laboratoare, cu alte echipamente), nu este relevantă pentru această procedură.

Doar testarea care urmează a fi efectuată în laboratorul Staţiei de Epurare Someşeni-Cluj se va concretiza prin întocmirea unui raport care va indica consumul de polielectrolit/tonă de substanţă uscată (consum care este un factor de evaluare), iar acest raport va alcătui o parte a ofertei tehnice care va fi întocmită independent de către fiecare ofertant în parte.

În ceea ce priveşte afirmaţia conform căreia entitatea contractantă încalcă principiile tratamentului egal şi transparenţei şi restricţionarea concurenţei, în mod eronat reţine operatorul economic ... S.R.L că nu este respectat principiul tratamentului egal deoarece entitatea contractantă asigură aceleaşi condiţii de testare şi pune la dispoziţia operatorilor economici aceeaşi aparatură, astfel cum rezultă din pct. 12, pag. 4-5 din caietul de sarcini.

De asemenea tocmai în vederea încurajării concurenţei şi competitivităţii între operatorii economici cu scopul de a achiziţiona un produs de bună calitate, entitatea contractantă a structurat această achiziţie publică de aşa manieră.

În ceea ce priveşte afirmaţia contestatoarei conform căreia operatorii economici vor fi nevoiţi fie „să ghicească" polimerii optimi fie să se prezinte la testări cu un camion de polimeri este vădit maliţioasă, entitatea contractantă arată că din cercetarea pieţei de profil a rezultat că există maximum 14 tipuri de agenţi de floculare cationici solizi (necesitatea entităţii contractante) şi că la întocmirea caietului de sarcini s-a avut în vedere inclusiv ipoteza în care un operator economic ar furniza toate cele 14 tipuri de agenţi de floculare.

În final, entitatea contractantă apreciază că, având în vedere toate cele precizate anterior, nu se impune anularea procedurii.

Prin adresa nr. 2413/14.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 53621/15.12.2017, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a studierii dosarului cauzei precum şi ca urmare a concluziilor scrise depuse de către autoritatea contractantă în care menţionează că „în urma prospectării pieţei, s-a constatat că pe piaţa europeană există maximum 14 tipuri de agenţi de floculare cationici solizi”, nu poate fi reţinută

întrucât această aserţiune nu este demonstrată prin niciun document care să ateste analiza pieţei de profil sau rezultatul unei astfel de analize.

Astfel, „rezultatul studierii pieţei de profil" avut în vedere de entitatea contractantă la elaborarea documentaţiei de atribuire nu apare nominalizat nici în Strategia de contractare nr. SA-144-2017-SB.

Totodată, legislaţia achiziţiilor sectoriale recunoaşte şi dreptul entităţii contractante de a organiza consultări ale pieţei, în vederea pregătirii achiziţiei sectoriale, prin raportare la obiectul contractului sectorial (art. 148 alin. (1) din Legea nr. 99/2016). Acesta nu pare a fi însă cazul în prezenta procedură întrucât în fişa de date a achiziţiei se consemnează faptul că nu a existat o consultare de piaţă prealabilă.

De altfel, astfel de afirmaţii sunt profund neîntemeiate, întrucât, în realitate, fiecare producător are o gamă largă de produse şi, în prezentul caz, există posibilitatea nominalizării unor produse de la mai mulţi producători, care ar putea depăşi numărul de 14 tipuri de produse.

Nu în ultimul rând, susţinerile entităţii contractante cu privire la calitatea sa de operator regional al sistemului de apă şi canalizare, criteriul de atribuire a acordului-cadru şi cerinţa de calificare privind experienţa similară, pe lângă faptul că sunt preluate identic din Strategia de contractare nu prezintă nicio relevanţă în acest context, având în vedere că nu s-au contestat aceste aspecte din documentaţia de atribuire, iar acestea nu fac obiectul prezentului dosar.

2. Referitor la cronologia evenimentelor din speţa dedusă judecaţii.

În ceea ce priveşte cronologia evenimentelor din speţa dedusă judecăţii, entitatea contractantă omite în mod voit să nominalizeze un moment important în desfăşurarea procedurii de atribuire, respectiv data de 07.11.2017, dată până la care operatorii economici au avut posibilitatea de a transmite solicitările pentru efectuarea testelor (cu cel mult 20 de zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, i.e. 27.11.2017).

3. Referitor la nelegalitatea documentaţiei de atribuire.

Aserţiunile entităţii contractante cu privire la acceptul Direcţiei Generale Control Ex-ante din cadrul A.N.A.P. referitor la documentaţia de atribuire sunt lipsite de relevanţă, întrucât verificarea efectuată de A.N.A.P. nu conferă per se o prezumţie absolută de legalitate a documentaţiei de atribuire. Prevederile legale sunt lipsite de echivoc sub acest aspect:

- art. 25 alin. (6) din Normele metodologice - „Procesul de evaluare a documentaţiilor de atribuire, precum şi a anunţurilor/eratelor aferente acestora nu exonerează de răspundere entitatea contractantă, prevederile art. 1 alin. (4) rămânând aplicabile";
- art. 1 alin. (4) din Normele metodologice - „În conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Lege, entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a achiziţiilor, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale aplicabile".

În plus, astfel cum rezultă din prevederile art. 25 alin. (1) din Normele Metodologice, ANAP evaluează conformitatea cu legislaţia aplicabilă în domeniul achiziţiilor sectoriale a documentaţiilor de atribuire, cu excepţia caietului de sarcini. Prin urmare, prevederile caietului de

sarcini, care stau la baza contestaţiei, nici măcar nu au făcut obiectul verificării ANAP.

În acest context, argumentul privind acceptul A.N.A.P. cu privire la documentaţia de atribuire nu poate fi reţinut de către Consiliu.

3.1. Termenul nelegal de depunere a ofertelor.

Contestatoarea menţionează că a demonstrat în cadrul contestatiei faptul că perioada de depunere a ofertelor stabilită prin anunţul de participare este insuficientă, nerezonabilă şi nelegală prin raportare la termenele minime stabilite de legislaţia achiziţiilor sectoriale şi complexitatea procedurii de atribuire şi că se impune, atfel, prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puţin 20 de zile, prin publicarea unei erate privind noul termen de depunere a ofertelor.

Anunţul de participare a fost transmis spre publicare la data de 19.10.2017 si publicat la data de 20.10.2017, iar:

- termenul stabilit pentru depunerea ofertelor a fost 27.11.2017, ora 16,00;

- solicitările pentru efectuarea testărilor ar fi trebuit trimise până la data de 07.11.2017 (cu cel mult 20 de zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor, 27.11.2017).

În ceea ce priveşte justificarea entităţii contractante pentru negarea accesului operatorilor la aceste testări, în sensul în care *„având în vedere că eventualele propuneri tehnice nu sunt publice înainte de data limită de depunere a ofertelor, considerăm că nu este admisibilă prezenţa operatorilor economici la testele industriale ale celorlalţi operatori economici, teste care vor putea face parte dintr-o viitoare posibilă ofertă respectiv propunere tehnică",* contestatoarea învederează următoarele:

- ofertele vor include rapoartele de testare, şi nu procedura de testare ca atare; or, contestatoarea a solicitat în primul rând accesul oricărui operator economic la toate procedurile de testare, şi nu neapărat la rapoartele de testare întocmite la finalizarea acestora; transparenţa procedurii de testare este esenţială pentru procedura de atribuire, întrucât:

- la nivel de testare, parametrii care pot fi modificaţi sunt concentraţia soluţiei de polimer şi doza acestuia; modificarea altor parametri (în necunoştinţă de cauză) ar conduce la încălcarea principiului tratamentului egal, precum şi la posibilitatea de distorsionare a rezultatelor acestor testări;

- este necesară verificarea corectitudinii probelor recoltate, a debitelor la care acestea au fost prelucrate sau corectitudinea interpretării fenomenului de spumare care poate aparea la nivelul apei de rejectie, factori care nu pot fi verificaţi decât prin prezenţa unui martor implicat în proces.

În ceea ce priveşte accesul la rapoartele de testare, entitatea contractantă neagă celorlalţi operatori accesul la informaţii pe care însăşi entitatea contractantă le are la dispoziţie anterior depunerii ofertelor, contrar prevederilor legale; regula este, într-adevar, că propunerile tehnice nu sunt publice înainte de depunerea ofertelor; dar aceasta regulă se aplică în egală măsură şi entităţii contractante, care nu ar trebui să aibă acces la asemenea informaţii anterior deschiderii ofertelor ; tocmai din

acest motiv, testarea produselor ar fi trebuit organizată ulterior depunerii ofertelor, şi nu înainte.

Totodată, nu poate fi reţinut nici argumentul entităţii contractante privind necesitatea protejării unor *"aspecte care intră în sfera unor secrete comerciale, protejarea unor mărci şi chiar confidenţialitatea unei părţi semnificative din ofertă"*. Legislaţia în materia achiziţiilor sectoriale nu stabileşte o prezumţie de confidenţialitate a tuturor informaţiilor din cadrul procedurilor de achiziţie, din contra dosarul achiziţiei sectoriale are caracter de informaţie de interes public (art. 70 din Legea nr. 99/2016). Confidenţialitatea unor informaţii/documente 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.

Faţă de cele de mai sus, tocmai în virtutea "principiului bunei credinţe care ar trebui să ghideze relaţiile dintre participanţi", invocat din nou de entitatea contractantă, aceasta din urmă ar trebui să asigure accesul egal, transparent şi nediscrimatoriu al tuturor operatorilor economici la procedurile de testare.

Invocarea atributului exclusiv al comisiei de evaluare în ceea ce priveşte verificarea corectitudinii procedurii de testare (şi chiar şi a respectării tuturor paşilor prevăzuţi în caietul de sarcini şi a tuturor cerinţelor minime impuse) este greşită întrucât, pe de o parte, în etapa testărilor, comisia de evaluare nu a fost încă nominalizată pentru a fi prezentă la testări iar pe de altă parte sugerează lipsa de eficacitate a oricărui eventual demers judiciar privind procesul de verificare a unei componente esenţiale a criteriului de atribuire, ce reprezintă 65% din punctajul final. Prin această interpretare, entitatea contractanta încalcă în mod flagrant principiul efectivităţii remediilor, potrivit căruia deciziile luate de autorităţile contractante trebuie să poată fi supuse unor căi de atac efective.

Nu în ultimul rând, faptul că laboratorul în care se vor efectua analizele este acreditat RENAR nu schimbă cu nimic faptul că analizele vor fi efectuate în laboratorul entităţii contractante şi nu de către oterta parte independentă de procedură. Suspiciunea ofertanţilor referitoare la testarea în condiţii diferite a produselor rămâne în continuare justificată.

3.3. Dreptul operatorilor economici de a preleva probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj-Napoca înainte de efectuarea testărilor.

Contestatoarea reiterează faptul că în prezenta procedură, acordarea posibilităţii operatorilor economici interesaţi de procedură de a preleva mostre în vederea efectuării în laboratoarele proprii a unor teste pe nămolul provenit din staţia de epurare anterior efectuării testărilor industriale, este esenţială pentru:

- prezentarea la testare a produselor corespunzătoare, conforme cu caracteristicile tehnice ale staţiei de epurare din Cluj-Napoca şi cu cerinţele minime stabilite prin caietul de sarcini;
- prezentarea la testare a produselor optime, cu eficienţă maximă, care să ofere operatorilor economici care nu au mai colaborat în trecut cu entitatea contractanta o şansă reală de a câştiga contractul, în

considerarea criteriului de atribuire (cu o pondere a factorului tehnic de 65%).

Tocmai pentru identificarea polimerului potrivit deshidratării nămolului din Staţia de Epurare a Apei - Cluj Napoca, contestatoarea a solicitat şi în trecut acordul pentru preluarea unor mostre de apă uzată pentru efectuarea testelor de laborator. Entitatea contractantă a refuzat însă şi această solicitare.

Prin refuzul de a permite prelevarea probelor de nămol, entitatea contractantă încalcă în mod flagrant obligaţia de a garanta operatorilor economici interesaţi o informare completă, corectă şi precisă cu privire la toate cerinţele achiziţiei sectoriale, prevăzută de art. 62, art. 162 alin. (2) si art. 164 din Legea nr. 99/2016, precum şi de art. 22 alin. (2) din Normele Metodologice.

Mai mult, faptul că entitatea contractanta neagă dreptul operatorilor economici interesaţi de procedura de a preleva probe de nămol anterior efectuării testelor încalcă principiul transparenţei şi al tratamentului egal, favorizând în mod evident şi nejustificat ofertanţii care au colaborat în trecut cu entitatea contractanta şi care, cunoscând specificul nămolului din staţia de epurare, se vor putea prezenta la testări cu polimerii cei mai eficienţi.

Timpul acordat de entitatea contractantă nu este nicidecum suficient pentru efectuarea unor teste de laborator. Chiar şi dacă s-ar ţine cont de "prospecţia pieţei de maxim 14 tipuri de polimer" invocată de entitatea contractantă, operatorii economici nu ar fi putut alege polimerii, floculanţii şi polielectroliţii adecvaţi în cadrul celor 2 zile.

În altă ordine de idei, aceste teste de laborator pentru identificarea unui polimer optim trebuie efectuate în condiţii speciale care să confere posibilitatea simulării proceselor de pe teren. Altfel spus, o testare de laborator pentru găsirea unui polimer optim, spre exemplu, destinat deshidratării într-o unitate de tip centrifugă (precum prezentul caz), trebuie efectuată în laborator pe o instalaţie de centrifugare care să simuleze câat mai real situaţia din teren.

Entitatea contractantă încalcă în mod flagrant principiile tratamentului egal şi transparenţei prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. b) şi d) din Legea nr. 99/2016, prin:

- îngrădirea posibilităţii de a verifica corectitudinea testărilor şi respectarea principiului tratamentului egal pe parcursul acestora;
- 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. prelevarea unor probe de nămol de la staţia de epurare din Cluj-Napoca, anterior efectuării testelor oficiale.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

.... SA, 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. ....

Cu privire la prevederile documentației de atribuire, SC ....SRL a transmis notificare prealabilă, iar ulterior primirii răspunsului entității contractante a formulat prezenta contestație prin care solicită:

- obligarea entităţii contractante la modificarea secţiunii nr. IV.3.4 din anunţul de participare nr. ... prin prelungirea termenului de depunere a ofertelor cu cel puţin 20 de zile şi, pe cale de consecinţă, publicarea unei erate privind noul termen de depunere a ofertelor;

- obligarea entităţii contractante la modificarea şi completarea cerinţelor nelegale din cuprinsul documentaţiei de atribuire în ceea ce priveşte testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat (pct. 12 din caietul de sarcini), astfel încât acestea să fie puse în concordanţă cu dispoziţiile legale aplicabile în materia achiziţiilor sectoriale după cum urmează:

- acordarea accesului oricărui operator economic interesat de procedură, la toate testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat şi pe cale de consecinţă, comunicarea programului privind perioada în care vor fi efectuate testele tuturor operatorilor economici interesaţi de procedură cu cel puţin 2 zile lucrătoare înainte de data efectuării testelor;

- acordarea operatorilor economici interesaţi de procedură a posibilităţii de a preleva minim patru probe de nămol pentru efectuarea unor teste în propriul laborator cu cel puţin 5 zile înainte de testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanţă uscată nămol deshidratat;

- în subsidiar – anularea procedurii.

Analizând contestația formulată, Consiliul constată că SC ....SRL invocă încălcarea de către entitatea contractantă a prevederilor legale și a principiilor aplicabile în materia achizițiilor sectoriale în ceea ce privește testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tona substanță uscată nămol deshidratat, și, stabilirea unui termen insuficient și nerezonabil de depunere a ofertelor.

În susținerea criticilor privind cerințele caietului de sarcini contestatoarea arată că printr-o solicitare de clarificări, din data de 27.10.2017, a cerut autorității contractante modificarea prevederilor caietului de sarcini, solicitare la care entitatea contractantă a răspuns în sensul că nu va modifica cerințele documentației de atribuire, respectiv adresa nr. 29114 DG/SA/31.10.2017, postată în SEAP, cu următorul conținut:

„1. <u>Solicitare clarificări potențial ofertant</u>

- Vă rugăm să permiteți accesul oricărui operator economic interesat de procedură (înscris la procedura de atribuire în SEAP) la toate testele organizate în vederea stabilirii consumului de polielectronic/tonă substanță uscată nămol deshidratat;

- În termen de două zile de la primirea solicitării, să comunicați tuturor operatorilor economici interesați de procedură (înscriși la procedura de atribuire în SEAP) programul privind perioada în care vor fi efectuate testele;

- Vă rugăm să permiteți operatorilor interesați de procedura prelevarea de probe de nămol pentru efectuarea unor teste în propriul laborator (independent de prezenta procedură de atribuire), cu cel puțin 5 zile înainte de testările organizate în vederea stabilirii consumului de polielectronic/tonă substanță uscată nămol deshidratat.

Răspuns entitate contractantă

Cerințele din documentația de atribuire rămân neschimbate".

În susținerea criticilor aduse în vederea anulării procedurii de atribuire contestatoarea arată că aceasta este grav viciată prin structurarea eronată a acesteia, fapt ce conduce la încălcarea principiilor și prevederilor legale din domeniul achizițiilor sectoriale, etapele care trebuiau a fi respectate în opinia contestatoarei fiind următoarele:

- publicarea anunțului de participare cu acordarea unui termen care să reflecte complexitatea achiziției;
- acordarea posibilității tuturor operatorilor economici de a plevala mostre de nămol (în conformitatea cu prevederile art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016);
- depunerea ofertelor pentru produsele optime identificate de ofertanți pe baza testărilor efectuate în mod independent de aceștia pe probele de nămol;
- deschiderea ofertelor depuse;
- testarea produselor ofertate în prezența reprezentanților entității contractante și a tuturor ofertanților, în vederea aplicării criteriului.

În soluționarea contestației, Consiliul constată caracterul fondat al criticilor reținând în acest sens că entitatea contractantă a stabilit prin documentația de atribuire, în speță prin caietul de sarcini la punctul 12 *„Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat"*, etapă de testare care trebuie efectuată, conform prevederilor caietului de sarcini înainte de data de depunere a ofertelor.

Consiliul reține de asemenea că în etapa de testare se întocmește un Raport de încercări, raport care trebuie inclus în propunerea tehnică, entitatea contractantă stabilind următoarele prevederi:

„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 șeful stației de epurare, tehnologul de proces și șeful laboratorului de analize din stația de epurare.

Acest raport de încercare se va întocmi în două exemplare. Un exemplar se va preda operatorului economic printr-un proces verbal de predare-primire, un exemplar în original va rămâne la entitatea contractantă. Operatorul economic are obligația de a include în Propunerea tehnică Raportul de încercări", în mod similar a fost stabilită cerința și în ceea ce privește determinarea consumului specific de polielectrolit pentru îngroșarea nămolului (anexa 2 la caietul de sarcini).

Totodată entitatea contractantă stabilește că în etapa de testare trebuie îndeplinite specificații tehnice minime, în caz contrar*, „Oferta care nu va respecta cerințele tehnice minime va fi declarată neconformă și va fi respinsă".*

În acest sens Consiliul constată că entitatea contractantă a stabilit cu privire la

- *„etapa de deshidratare (…)*

În perioada testelor vor fi respectate următoarele cerințe tehnice menime:

a) *durata testului: 2h*
b) *centrifuga de nămol să funcționeze la capacitate de 30 mc nămol*
c) *umiditatea nămolului de intrare va fi menținută realitiv constantă*
d) *concentrația soluției de polielectrolit: 0,1 – 0,5%*
e) *suspensii totale apă de rejecție: max. 700 mg/l*
f) *reziduu apă de rejecție: max. 2000 mg/l*
g) *aspect apă de rejecție: clară – slab opalescentă, fără spumare*
h) *umiditate nămol deshidratat: max. 70%"*
i) *consumul specific de polielectrolit: max. 4 kg/t s.u",* iar pentru

- *„etapa de îngroșare (…)*

În perioada testelor vor fi respectate următoarele cerințe tehnice minime:

a) *durata testului: 2h*
b) *îngroșătorul dinamic cu tambur pe care se fac testele să funcționeze la capacitate de 26 mc nămol*
c) *umiditatea nămolului de intrare va fi menținută relativ constantă*
d) *concentrația soluției de poliectrolit: 0.05 – 0,25%*
e) *suspensii totale apă de rejecție: max 700 mg/l*
f) *reziduu total apă de rejecție: max 2000 mg/l*
g) *aspect apă de rejecție. Clară – slab opalescentă, fără spumare*
h) *umiditatea nămolului deshidratat: max 95%*
i) *consumul specific de polielectrolit: max. 5 kg/t s.u".*

Nu în ultimul rând Consiliul va reține în soluționare faptul că, potrivit punctului 13 din caietul de sarcini, criteriul de atribuire utilizat este „cel mai bun raport calitate-preț", factorii de evaluare fiind „componenta financiară" și „componenta tehnică", având o pondere de 65% din punctaj, pentru acesta din urmă entitatea contractantă a stabilit :

„Punctajul pentru factorul de evaluare «Consumul specific total de polielectrolit (kg/tonă substanță uscată) = consum specific de polielectrolit pentru deshidratare + consum specific de polielectrolit pentru îngroșare» se acordă astfel:

C = C1 x 0.5 + C2 x 0.50, unde:

C1 – consum specific de polielectrolit pentru deshidratare (kg/t s.u)

C2 – consum specific de polielectrolit pentru îngroșare (kg/t s.u)

0.50 = coeficient aferent deshidratării nămolului fermentat

0.50 = coeficient aferent îngroșării nămolului în exces

(...)

Consumurile specifice luate în considerare sunt cele realizate în timpul testelor în stația de Epurare și care sunt specificate în Rapoartele de încercări, conform anexa 1 și 2 la caietul de sarcini".

Prin urmare, prevederile documentației de atribuire referitoare la *„Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectrolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat",* așa cum au fost stabilite de către entitatea

contractantă conduc la încălcarea prevederilor legale care reglementează ordinea firească a etapelor de desfășurare a procedurii de achiziție.

Astfel se reține că etapa de testare se face în afara procesului de evaluare a ofertelor și înainte de depunerea acestora, și cu toate acestea în perioada testelor vor fi respectate cerințele tehnice minime, în caz contrar oferta care nu va respecta cerințele minime va fi declarată neconformă și va fi respinsă, situație din care rezultă că entitatea contractantă stabilește anticipat conformitatea ofertelor, înainte de data de depunere a acestora.

Or, potrivit art. 67 alin. (1) din HG nr. 394/2016 *„Operatorul economic are obligaţia de a transmite oferta şi DUAE numai în format electronic şi numai până la data şi ora-limită de depunere a ofertelor prevăzute în anunţul de participare”,* iar potrivit art. 133 din același act normativ *„(1) Comisia de evaluare are următoare atribuţii:*

a) deschiderea ofertelor şi, după caz, a altor documente care însoţesc oferta;

b) verificarea îndeplinirii criteriilor de calificare de către ofertanţi/candidaţi;

c) realizarea selecţiei candidaţilor, dacă este cazul;

d) desfăşurarea dialogului cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurii de dialog competitiv;

e) desfăşurarea negocierilor cu operatorii economici, în cazul aplicării procedurilor de negociere;

f) verificarea conformităţii propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini;

g) evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanţilor în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul;

h) verificarea propunerilor financiare prezentate de ofertanţi, inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului sectorial respectiv, precum şi, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situaţia prevăzută la art. 222 din Lege;

i) elaborarea solicitărilor de clarificări şi/sau completări necesare în vederea evaluării solicitărilor de participare şi/sau ofertelor;

j) stabilirea ofertelor inacceptabile şi/sau neconforme şi a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare dintre aceste categorii;

k) stabilirea ofertelor admisibile;

l) aplicarea criteriului de atribuire şi a factorilor de evaluare, astfel cum a fost prevăzut în fişa de date a achiziţiei;

m) stabilirea ofertei/ofertelor câştigătoare sau, după caz, formularea propunerii de anulare a procedurii;

n) elaborarea proceselor-verbale aferente fiecărei şedinţe, a rapoartelor intermediare aferente fiecărei etape în cazul procedurilor cu mai multe etape şi a raportului procedurii de atribuire”.

Chiar din textul de lege citat anterior rezultă că evaluarea propunerii tehnice și stabilirea conformității acesteia cu cerințele caietului de sarcini se face după data depunerii și deschiderii ofertelor și doar de către membrii comisiei de evaluare.

Cu toate acestea entitatea contractantă a stabilit, contrar prevederilor legale menționare anterior, că testul se va finaliza cu întocmirea unui Raport de încercări semnat de către *„șeful stației de epurare, tehnologul de proces și șeful de laborator”,* persoane despre care nu se cunoaște în această etapă dacă fac sau nu parte din comisia de evaluare.

Consiliul reține că etapa de testare se impune a se desfășura în etapa de evaluare tehnică a ofertelor iar din comisia de evaluare pot face parte *„șeful stației de epurare, tehnologul de proces și șeful de laborator”* în calitate de membri ai comisiei de evaluare sau entitatea contractantă poate numi alte persoane ca experți cooptați potrivit art. 132 alin. (3) din HG nr. 394/2016, calitate în care, atât membrii comisiei de evaluare cât și exeperții cooptați, sunt ținuți de depunerea declarației de cofidențialitate reglementată de art. 135 alin. (1) din același act normativ.

Prin urmare, stabilirea etapei de testare și evaluarea tehnică a produselor înainte de depunerea ofertelor încalcă prevederile legale în materia achizițiilor publice.

În acest sens vor fi reținute și dispozițiile art. 139, prevăzute la Secțiunea a 10-a *„Procesul de verificare și evaluare”* din HG 394/2016, potrivit cărora *„(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă atât din punctul de vedere al elementelor tehnice propuse, cât şi din punctul de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.*

(2) Propunerea tehnică trebuie să corespundă cerinţelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentul descriptive”.

Consiliul va reține că membrii comisiei de evaluare au obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme, și ptrivit art. 143 alin. (3) din HG nr. 394/2016, o astfel de decizie poate fi luată *„(3) În condiţiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: (…)*

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

Potrivit art. 228 alin. (5) din HG nr. 394/2016 *„Oferta este considerată neconformă dacă este lipsită de relevanță față de obiectul contractului, neputând în mod evident satisface, fără modificări substanțiale, necesitățile și cerințele entității contractante indicate în documentele achiziției, inclusiv în situația în care oferta nu respectă specificațiile tehnice și/sau condițiile financiare”*.

Din economia prevederilor legale citate anterior, rezultă că entitatea contractantă nu poate stabili conformitatea unei oferte prin testarea produselor înainte de data stabilită pentru depunerea ofertelor, practic în afara cadrului legal de depunere și evaluare a ofertelor.

Mai mult decât atât, Consiliul constată că testarea urma să se facă numai în laboratorul entității contractante, respectiv la Stația de Epurare Cluj-Napoca, entitatea contractantă afirmând, de altfel, prin punctul de vedere depus la dosarul cauzei că nu se impune *„necesitatea de a prevala alte mostre de nămol anterior efectuării testelor din laboratorul Stației de Epurare Someșeni-Cluj pentru a fi testate în alte condiții (alte laboratoare, cu alte echipamente), nu este relevantă pentru această procedură)”*,

situație care este de natură a restricționa participarea la procedura de atribuire, în condițiile în care necesitatea efectivă a entității contractante este aceea ca produsul să îndeplinească specificațiile tehnice indiferent de locul în care a fost realizată testarea, cu atât mai mult cu cât plata acestor cheltuieli nu este suportată de către entitatea contractantă.

Legat de acest aspect, respectiv cel al suportării cheltuielilor de testare, Consiliul constată că la punctul 12 din caietul de sarcini entitatea contractantă a stabilit că *„Testele vor fi efectuate pe cheltuiala furnizorului, cu asistență din partea tehnologului de proces din Stația de Epurare”*.

Prevederea este însă restrictivă presupunând astfel costuri suplimentare pentru operatorii economici interesați de participarea la procedura de atribuire, testarea constituind, în fapt, o nevoie suplimentară a autorității contractante prin care aceasta se asigură că specificațiile tehnice din caietul de sarcini sunt într-adevăr îndeplinite de produsul ofertat, pe de o parte, iar pe de altă parte, calitatea de „furnizor” este dobândită de către un ofertant câștigător al procedurii de atribuire căruia i-a fost atribuit contractul, neputându-se astfel identifica cine este obligat la plata acestor cheltuieli, operatorul economic sau câștigătorul procedurii de atribuire.

Consiliul reține că plata cheltuielilor privind elaborarea ofertelor cade în sarcina ofertanților, iar cheltuielile legate de testare în etapa de evaluare trebuie să fie suportate de către entitatea contractantă.

În acest sens, Consiliul va reține că la elaborarea documentației de atribuire entitatea contractantă avea obligația respectării prevederilor art. 22 alin. (2) din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora *„Documentaţia de atribuire conţine orice cerinţă, criteriu, regulă şi alte informaţii necesare pentru a asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă şi explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire”.*

În acest context, Consiliul constată că se impune modificarea punctului 12 din caietul de sarcini privind *„Testarea în vederea stabilirii consumului de polielectolit/tonă substanță uscată nămol deshidratat”* prin stabilirea acesteia în etapa de evaluare tehnică a ofertelor, iar în situația în care un astfel de demers nu este acceptat de către entitatea contractantă aceasta poate face aplicarea dispozițiilor art. 225 din Legea nr. 99/2016, potrivit cărora *„(1) Entitatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului sectorial/acordului-cadru în următoarele cazuri:*

(…)

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

(…)

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

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 propunrii 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%.

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.

Referitor la apărările cu privire la prevederile documentației de atribuire, Consiliul nu va reține în soluționare susținerile entității contractante potrivit cărora ANAP a emis acceptul în vederea inițierii procedurii de atribuire așa cum a fost postată în SEAP, având în vedere că potrivit art. 25 alin. (1) din HG nr. 394/2016 *„ANAP evaluează, înainte de transmiterea spre publicare a anunțului de participare/simplificat/de*

concurs de soluții (...) conformitatea cu legislația aplicabilă în domeniul achizițiilor sectoriale (...) cu excepția caietului de sarcini (...)”, prevederile privind testarea fiind incluse în caietul de sarcini la punctul 12, prin urmare nu a făcut obiectul controlului ANAP.

Față de cele constatate anterior, Consiliul va reține în luarea deciziei dispozițiile:

- art. 1 alin. (4) din HG nr. 394/2016, potrivit cărora *„În conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Lege, entitatea contractantă este responsabilă pentru modul de realizare a achiziţiilor, cu respectarea tuturor dispoziţiilor legale aplicabile";*

- art. 25 alin. (6) din HG nr. 394/2016 potrivit cărora *„Procesul de evaluare a documentaţiilor de atribuire, precum şi a anunţurilor/eratelor aferente acestora nu exonerează de răspundere entitatea contractantă, prevederile art. 1 alin. (4) rămânând aplicabile".*

În ceea ce privește criticile aduse modului în care autoritatea contractantă a stabilit termenul de depunere a ofertelor prin încălcarea prevederilor art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2017, Consiliul constată că este invocat faptul că aceasta trebuia să acorde o perioadă suficientă de timp pentru elaborarea ofertelor astfel încât să aibă posibilitatea reală și efectivă de a obține toate informațiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor, în funcție de informațiile obținute în *„urma vizitării amplasamentului”.* Termenul de 38 de zile, cuprins între data publicării anunțului de participare și data stabilită pentru depunerea ofertelor, este insuficient, în opinia contestatoarei, pentru prelevarea de probe de nămol, efectuarea testărilor și pregătirea ofertelor.

Verificând susținerile contestatoarei, Consiliul constată că anunțul de participare (sectoriale) nr. 179931 a fost publicat în data de 20.10.2017 iar data de depunere a ofertelor a fost stabilită la 27.11.2017, astfel perioada acordată ofertanților pentru elaborarea ofertelor este de 38 zile.

În luarea unei decizii cu privire la necesitatea prelungirii termenului de depunere a ofertelor Consiliul are în vedere faptul că potrivit art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 legiuitorul a stabilit astfel: *„În situaţia în care ofertele/solicitările de participare nu pot fi elaborate decât după vizitarea amplasamentului sau după consultarea la faţa locului a unor documente suplimentare pe care se bazează documentele achiziţiei, perioada stabilită de entitatea contractantă pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare este mai mare decât perioada minimă prevăzută de prezenta lege pentru procedura de atribuire utilizată şi este stabilită astfel încât operatorii economici interesaţi să aibă posibilitatea reală şi efectivă de a obţine toate informaţiile necesare pentru pregătirea corespunzătoare a ofertelor/solicitărilor de participare”.*

Consiliul constată că deși dispoziția legală se referă la vizitarea amplasamentului, în prezenta procedură de atribuire prelevarea mostrelor de nămol este similară etapei de vizitare a amplasamentului specifică procedurilor de atribuire a contractelor de lucrări, în condițiile în care aceasta este necesară pentru pregătirea ofertelor, așa cum s-a reținut anterior, prelevare care trebuie făcută anterior datei de depunere a ofertelor, împrejurare față de care se impune stabilirea unui termen de depunere a ofertelor corespunzător.

Astfel, Consiliul, luând în considerare necesitatea modificării prevederilor punctului 12 din caietul de sarcini, în sensul stabilirii etapei de testare în etapa de evaluare tehnică a ofertelor, constată că operatorii economici au nevoie de o perioadă de timp mai mare pentru elaborarea acestora, criticile cu privire la stabilirea termenului de depunere a ofertelor din perspectiva dispozițiilor art. 162 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 urmând a fi admise.

Pentru aceleași considerente, Consiliul va admite și criticile aduse faptul că entitatea contractantă nu a respectat termenul minim legal de 30 de zile stabilit de art. 87 alin. (1) și alin.(4) din Legea nr. 99/2016, potrivit căruia:

„(1) Perioada cuprinsă între data transmiterii anunțului de participare spre publicare în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene și data-limită de depunere a ofertelor este de cel puțin 35 de zile. (...)

(4) Entitatea contractantă are dreptul de a reduce cu zile perioada pentru depunerea ofertelor prevăzută la alin. (1) în cazul în care acceptă depunerea ofertelor prin mijloace electronice, în condițiile prezentei legi".

Față de situația reținută anterior de către Consiliu, respectiv modificarea punctului 12 din caietul de sarcini, vor fi admise și criticile aduse cu privire la necesitatea prelungirii termenului de depune a ofertelor raportat la prevederile art. 163 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 99/2016 potrivit cărora *„Entitatea contractantă prelungește perioada stabilită în invitația de participare la o procedură concurențială de ofertare sau în documentele achiziției pentru depunerea ofertelor/solicitărilor de participare, în următoarele cazuri: (...)*

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

Cu privire la prelungirea termenului de depunere a ofertelor, Consiliul reține că, în măsura în care entitatea contractantă nu va dispune măsura anulării procedurii de atribuire ci doar modificarea punctului 12 din caietul de sarcini, va proceda la stabilirea unui nou termen de depunere a ofertelor.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu ... și obligă entitatea contractantă la modificarea 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.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestaţia formulată de către SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

Obligă entitatea contractantă la modificarea 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, în termen de 10 zile de la comunicarea deciziei.

Obligă entitatea contractantă să stabilească un nou termen pentru depunerea ofertelor astfel încât să permită operatorilor economici elaborarea unor oferte corespunzătoare, și aducerea la cunoștința acestora a noului termen prin publicarea noului termen în SEAP.

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 29 (două zeci și nouă) pagini.