



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1895 / C8 / 2116

Data: 29.10.2019

Prin contestația nr. 19557/08.10.2019, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 40184/09.10.2019, depusă de SC SRL, cu sediul în, ..., ... CUI, număr de înregistrare în registrul comerțului J40/11673/2013, reprezentată de domnul director ..., privind procedura simplificată pentru achiziția unui încărcător frontal, cod CPV 43250000-0, cu data-limită de depunere a ofertelor 22.08.2019, organizată de, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, contestația a solicitat

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul SC SRL reclamă decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta SC ... SRL, în urma reevaluării ofertelor dispusă prin decizia Consiliului nr. 1639/C8/1863/24.09.2019, în care se menționa faptul că evaluarea inițială efectuată de autoritate s-a bazat pe informații insuficiente și presupuneri subiective.

Oferta SC ... SRL a fost considerată, din nou, corespunzătoare documentației de atribuire, în temeiul declarației dată de ofertant de conformitate a specificațiilor tehnice ale utilajului oferat și al manualului de utilizare pus la dispoziție pentru a proba acoperirea cerințelor caietului de sarcini.

Însă, potrivit manualului atașat contestației, „validat de producător”, modelul Hitachi ZW95-6 nu corespunde cerințelor din caiet:

- a) norma de poluare:
 - solicitat: minim EU STAGE IV;
 - Hitachi ZW95-6: EU STAGE IIIB – manual de utilizare, pag. 10 și declarația de conformitate, unde se precizează norma de emisii (care se va regăsi și pe plăcuța de identificare a motorului termic);
- b) direcție:
 - solicitat: cu pompă hidraulică dedicată;
 - Hitachi ZW95-6: un singur circuit hidraulic pentru întreg utilajul, cu o pompă cu roți dințate (manual de utilizare, pag. 13);
- c) încărcător:
 - solicitat: forța de rupere minim 60 kN;
 - Hitachi ZW95-6: forța de rupere 4.000 daN (40 kN) (manual de utilizare, pag. 147);
 - solicitat: încărcare statică drept minim 4.300 kg;
 - Hitachi ZW95-6: încărcare statică drept 4.100 kg (manual de utilizare, pag. 147).

Contestatoarea depune, ca mijloc de probă, manualul Hitachi ZW95-6 validat de centrul internațional de informații Hitachi, în care se regăsesc toate datele utilajului, existente și în broșurile disponibile pe site-urile Hitachi.

Documentele aparținând ... SRL sunt cel puțin neconforme, neexistând nicio confirmare din partea producătorului care să susțină specificațiile tehnice ofertate. Conform caietului de sarcini, toate prevederile sale sunt obligatorii, nerespectarea lor ducând la respingerea ofertei.

În punctul său de vedere nr. 92560/14.10.2019 asupra contestației, înregistrat la Consiliu cu nr. 41144/15.10.2019, autoritatea contractantă susține în apărare că, în urma deciziei precedente a Consiliului, comisia de evaluare s-a întrunit și a hotărât să solicite clarificări SC ... SRL, pentru a reverifica specificațiile tehnice ale utilajului. Au fost solicitate: copie de pe manualul utilajului oferat, declarație de conformitate, orice dovadă că oferta corespunde cu cerințele minime din caietul de sarcini. La 02.10.2019, SC ... SRL a răspuns, depunând copie de pe manualul utilajului cu capitolele relevante în care sunt specificate caracteristicile încărcătorului frontal Hitachi ZW95-6 date de producător, declarație de conformitate CE, în sensul că utilajul este

unul de ultima generație și că îndeplinește norma de poluare STAGE V, superioară cerinței din caietul de sarcini, precum și declarație pe propria răspundere care confirmă că specificațiile tehnice oferite sunt reale și conforme cerințelor din caietul de sarcini. De asemenea, a depus și o poză care demonstrează că utilajul are garda la sol de 550 mm. Comisia de evaluare a considerat relevante și suficiente dovezile aduse.

Prin e-mailul înregistrat la Consiliu cu nr. 42817/24.10.2019, autoritatea a redirecționat un e-mail conținând o declarație din partea unui reprezentant al producătorului Hitachi, care redă specificațiile tehnice din oferta SC ... SRL, după cum urmează:

În numele HCME, am dori să vă informăm că următoarele aspecte tehnice ale modelului nostru de încărcătoare pe roți: ZW95-6C, îndeplinește toate cerințele clienților și confirmăm următoarele:

Hitachi Construction Machinery (Europe) NV (HCME) are plăcerea de a anunța disponibilitatea gamei actualizate de încărcătoare compacte ZW-6, care a fost dezvoltată cu accent pe performanțele ridicate, confort, siguranță, întreținerea ușoară și respectarea Reglementării UE STAGE V privind emisiile. Concepute pentru a respecta normele UE privind emisiile STAGE V, încărcătoarele cu roți compacte ZW-6 oferă niveluri ridicate de fiabilitate și durabilitate. Împreună cu motorul nou sunt adăugate câteva specificații și opționale noi.

ZW65-6, ZW75-6 și ZW95-6 actualizate au un nou motor care respectă normele privind emisiile ale STAGE V. Mașinile sunt prevăzute cu un filtru de particule diesel (DPF) pentru reducerea particulelor (PM) și o recirculare răcită a gazelor de evacuare (EGR) pentru reducerea oxidului de azot (NOx). Sistemul Common rail (CRS) ajută motorul să funcționeze optim, nu numai că reduce emisiile, dar contribuie și la eficiența combustibilului și la reducerea costurilor de funcționare. Catalizatorul Diesel de oxidare (DOC) permite o operare fără întreținere în toate condițiile de aplicare și mediu.

Noi specificații ale ZW95-6:

Puterea motorului: 55,4 kW/75 CP (IS014396)

Greutate de operare: 5.410 kg

Capacitate cupă: 1,00 -1,60 m³

Forța de rupere: 6.100 daN

Forța de tractare: 6.100 daN

Direcția cu pompă hidraulică dedicată

Încărcare statică, basculantă dreaptă, normală 1,0 m³ : 4.300 kg

Garda la sol: 550 mm

Începutul vânzărilor pentru noile modele ZW65-6, ZW75-6 și ZW95-6 cu motorul STAGE V a fost programat pentru Mai 2019.

Broșurile, manualele și alte materiale de vânzare de pe web site vor putea fi modificate și trimise dealerilor pentru noul model.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, după verificarea din oficiu a competenței generale, materiale și teritoriale, potrivit art. 131 alin. (1) C. proc. civ., și după deliberare, Consiliul reține că, prin anunțul de participare nr. SCN1049761, publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la 02.08.2019, autoritatea contractantă a inițiat o procedură simplificată în vederea achiziționării unui încărcător frontal, estimat valoric la 252.100,84 lei, fără TVA. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la 02.08.2019, alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat doi operatori economici, respectiv SC SRL și SC ... SRL, oferta acestuia din urmă fiind desemnată câștigătoare de către organizatoarea procedurii, având prețul cel mai scăzut. Împotriva acestui rezultat, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. 19491/16.09.2019, care a format obiectul dosarului în care a fost pronunțată decizia nr. 1639/C8/1863/24.09.2019, cu următorul dispozitiv:

Admite contestația SC SRL nr. 19491/16.09.2019, în contradictoriu cu, și anulează raportul procedurii nr. 72701/10.09.2019, precum și adresele autorității contractante de comunicare către ofertanți a rezultatului procedurii. Obligă autoritatea la clarificarea și reevaluarea ofertei SC ... SRL, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, cu respectarea celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de cel mult cincisprezece zile de la data primirii prezentei decizii. După reevaluarea ofertei și aprobarea noului raport al procedurii, autoritatea va comunica rezultatul procedurii potrivit legislației achizițiilor publice.

Conform art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei, inclusiv pentru, care a avut calitatea de autoritate contractantă în cauza soluționată prin respectiva decizie. Unitatea achizitoare era ținută de obligația punerii în executare a deciziei inclusiv prin prisma considerentelor decisive pe care ea le cuprinde, potrivit art. 430 alin. (2) C. proc. civ., mai cu seamă că respectarea deciziei este sub sancțiunea amenzii contravenționale între 5.000 și 30.000 de lei, sub imperiul art. 224 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Practica judiciară este statornică în sensul că autoritățile/entitățile contractante au obligația de a respecta și considerentele deciziei Consiliului, nu numai dispozitivul. Relevantă este și poziția Curții de Justiție a Uniunii Europene, reluată în Hotărârea din 19 aprilie 2012, Artegoda/Comisia, C-221/10: autoritatea de lucru judecat nu se referă doar la dispozitivul hotărârii, ci se extinde și la motivele acesteia, care constituie suportul necesar pentru dispozitiv și, din această cauză, nu pot fi disociate [Hotărârea din 1 iunie 2006, P&O European Ferries (Vizcaya) și Diputación Foral de Vizcaya/ Comisia, C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 44].

Din consultarea portalului instanțelor naționale de judecată (<http://portal.just.ro>), reiese că nu a fost înregistrată nicio plângere depusă împotriva deciziei Consiliului, la Curtea de Apel Timișoara, singura competentă să o soluționeze.

Așadar, părțile nu au atacat decizia nr. 1639/C8/1863/24.09.2019 (care a fost și postată în SEAP, la 10.10.2019 - [SCN1049761/00049] *contestatie 2.pdf.p7s*), situație în care este opozabilă și prin prisma considerentelor accesibile oricui în format electronic, față de art. 431 alin. (2) C. proc. civ. („*Oricare dintre*

părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă.”) și art. 435 alin. (2) C. proc. civ. („Hotărârea este opozabilă oricărei terțe persoane atât timp cât aceasta din urmă nu face, în condițiile legii, dovada contrară.”).

În considerentele deciziei, Consiliul a reținut, între altele:

Forul administrativ-jurisdicțional observă că motivul contestației îl reprezintă admiterea și declararea câștigătoare a ofertei SC ... SRL, asupra căreia planează o suspiciune de neconformitate tehnică, dedusă din broșura încărcătorului Hitachi ZW95, modelul utilajului propus de câștigătoare.

SC SRL a depus la dosarul cauzei o broșură care poate fi accesată online, pe mai multe siteuri (de exemplu, <https://www.hitachicm.co.uk/core/wp-content/uploads/2018/11/Small-Wheel-Loaders-ZW65-75-95.pdf>), în limba engleză, iar concurentul SC ... SRL a inclus în oferta sa o broșură similară, în limba română, cu valori diferite la anumiți parametri.

Așadar, există o contradicție între broșurile disponibile Consiliului și autorității, ceea ce nu poate constitui o neconformitate, în sine, mai cu seamă că, în exemplarul furnizat de reclamantă, pe ultima pagină, se menționează expres: *„These specifications are subject to change without notice.”* (Aceste specificații pot suferi modificări fără informare prealabilă.)

Consiliul apreciază că informațiile contradictorii pe care le afirmă fiecare dintre părțile litigante nasc îndoieli asupra specificațiilor tehnice concrete ale modelului de încărcător propus de câștigătoare (Hitachi ZW95), situație în care sarcina autorității achizitoare este de a se edifica asupra corectitudinii parametrilor tehnici în discuție, înainte de a trage concluzia că oferta SC ... SRL este, prin prisma caietului de sarcini, integral compliantă tehnic.

Jurisprudența Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorității trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente deduse din context de autoritate, care ar favoriza un ofertant cum este cel în cauză, căruia trebuie să îi se ceară demonstrarea conformității cu cerințele din caietul de sarcini, fiind informat asupra broșurii de care se prevalează SC SRL, din care reies anumite abateri de la specificațiile impuse de autoritate. Unitatea achizitoare este nu doar îndreptățită, ci și obligată să verifice dacă datele tehnice ale Hitachi ZW95 acoperă rigorile prestabilite în caietul de sarcini, verificare ce nu exclude o eventuală solicitare de clarificare direct cu producătorul echipamentului. Așadar, în privința îndoielilor provenite din contrarietatea informațiilor din documentul provenit de la Hitachi, sunt incidente prevederile art. 134 alin. (1) din normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, în temeiul cărora autoritatea avea și are obligația să procedeze la clarificarea expresă a lor, în special cu producătorul emitent.

În absența clarificărilor relevante, cele raționate de autoritate în raportul procedurii și în punctul său de vedere nu pot fi reținute de Consiliu. În cazul concret, nu se poate afirma că tabelul din propunerea tehnică prevalează broșurii întocmite de Hitachi Construction Machinery (www.hcme.com). De altminteri, chiar pe pagina <https://www.hitachicm.eu/machinery/wheel-loaders/zw95-6/>, la care trimite siteul SC ... SRL <https://utirom.ro/produse/hitachi/incarcatoare/>, unele specificații sunt inferioare celor impuse de autoritate:

Breakout force (kN) - 4 000 daN, comparativ cu solicitarea de minimum 60 kN

Tipping load, standard bucket, straight (ISO 14397) - 4 100 kg, comparativ cu solicitarea de minimum 4.300 kg

Demersul autorității nu are ca scop avantajarea în vreun fel a ofertantei, ci lichidarea îndoielilor cu care se confruntă, în lumina contradicțiilor relevate de către contestatoare și reținute mai sus de Consiliu. Stabilirea conformității tehnice a ofertei SC ... SRL urmează a se determina ulterior primirii și examinării clarificărilor relevante din partea acesteia, iar nu la acest moment. Solicitarea comisiei de evaluare trebuie să fie clară, precisă, și să releve adresantului că există contradicții ale datelor tehnice în cele două broșuri ale utilajului Hitachi ZW95.

Fiind ținută de obligația punerii în executare a deciziei, în concordanță cu cele statuate de Consiliu, ..., prin comisia evaluatorie responsabilă, trebuia să procedeze la clarificarea și reevaluarea tehnică atentă a ofertei în discuție, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, cu respectarea întocmai a celor reținute și dispuse de Consiliu.

În acest scop, comisia a cerut clarificări SC ... SRL, prin adresa nr. 89281/30.09.2019, iar, în urma analizării răspunsului primit, au fost întocmite procesul-verbal de reevaluare tehnică nr. 90538/04.10.2019, procesul-verbal de evaluare financiară nr. 90600/ 04.10.2019 și raportul procedurii nr. 90615/04.10.2019, prin care ambele oferte au fost admise, iar câștigătoare a fost declarată tot oferta SC ... SRL, cu „prețul cel mai scăzut” – criteriul de atribuire, rezultat anunțat competitorilor în aceeași zi. Împotriva lui, pentru motivele evocate mai sus, SC SRL s-a adresat Consiliului, în interiorul termenului legal de cinci zile prescris la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu soluționarea contestației nr. 19557/08.10.2019, care formează obiectul prezentei cauze.

Potrivit art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă stabilește oferta câștigătoare pe baza criteriului de atribuire și a factorilor de evaluare precizați în invitația de participare/anunțul de participare și în documentele achiziției, dacă sunt îndeplinite în mod cumulativ următoarele condiții:

a) oferta respectivă îndeplinește toate cerințele, condițiile și criteriile stabilite prin anunțul de participare și documentele achiziției, având în vedere, dacă este cazul, dispozițiile art. 162;

b) oferta respectivă a fost depusă de un ofertant care îndeplinește criteriile privind calificarea și, dacă este cazul, criteriile de selecție și nu se află sub incidența motivelor de excludere.

Pentru a fi declarată câștigătoare, oferta SC ... SRL trebuie să se conformeze condițiilor cumulative expuse.

Din parcurgerea deciziei Consiliului nr. 1639/C8/1863/ 24.09.2019 reiese că acesta a impus autorității să ceară documente clarificatoare, astfel încât să fundamenteze o evaluare tehnică temeinică a ofertei în discuție, sub aspectele asupra cărora existau îndoieli. În ceea ce privește conformitatea ofertei, s-a remarcat anterior că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de furnizare, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire. Documentația acceptată implicit de toate societățile ofertante le impunea să îi urmeze cu strictețe prescripțiile, sens în care dispune și art. 75 din

Legea nr. 98/2016 – ofertantul depune oferta elaborată în conformitate cu informațiile și cerințele prevăzute în documentele achiziției, precum și art. 123 alin. (1) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 – ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

În etapa de reevaluare, autoritatea a cerut clarificări SC ... SRL, primind răspunsurile așteptate, care confirmă că încărcătorul Hitachi ZW95-6 acoperă norma de poluare STAGE V, garda la sol de 550 mm, forța de rupere 61 kN, dispune de pompă hidraulică dedicată pentru direcție, încărcare statică drept 4.300 kg.

Ca dovadă a îndeplinirii cerințelor din caiet, ofertanta a transmis autorității și o prezentare a utilajului redactată de un reprezentant al Hitachi Construction Machinery (Europe) NV, în care se afirmă expres că modelul Hitachi ZW95-6 beneficiază de specificații noi:

Puterea motorului: 55,4 kW/75 CP (ISO14396)

Greutate de operare: 5.410 kg

Capacitate cupă: 1,00 -1,60 m³

Forța de rupere: 6.100 daN

Forța de tractare: 6.100 daN

Direcția cu pompă hidraulică dedicată

Încărcare statică, basculantă dreaptă, normală 1,0 m³:4.300 kg

Garda la sol: 550 mm.

Astfel cum a fost punctat în decizia anterioară, broșurile disponibile reclamantei pot fi versiuni vechi, mai cu seamă că, în exemplarul furnizat inițial de reclamantă, pe ultima pagină, se menționează expres: „*These specifications are subject to change without notice.*” (Aceste specificații pot suferi modificări fără informare prealabilă.) Manualul anexat de reclamantă ultimei contestații este datat 29.01.2016 (în urmă cu trei ani), iar, între timp, Hitachi Construction Machinery (Europe) NV a perfecționat tehnologic utilajele, prin prisma specificațiilor și a dotărilor, devenind mai performante. Până la proba contrară, confirmarea provenind de la Hitachi Construction Machinery (Europe) NV trebuie considerată validă juridic și nu poate fi ignorată. Contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C. proc. civ., care impun părților să susțină cu mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, reclamanta nu a furnizat acestuia argumente credibile sau mijloace de probă actualizate din care să rezulte că încărcătorul Hitachi ZW95-6, în configurația tehnică asumată prin semnătură de către ofertant și confirmată recent de producător, nu s-ar ridica la nivelul cerințelor fixate în caietul de sarcini.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a admis oferta SC ... SRL, neexistând motive

pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea raportului procedurii prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația SC SRL nr. 19557/08.10.2019, în contradictoriu cu

Analiza actului atacat al autorității contractante, din punctul de vedere al legalității și temeiniciei, s-a efectuat prin prisma motivelor invocate de societatea contestatoare, în acord cu principiul disponibilității care guvernează și procedura administrativ-jurisdicțională în fața Consiliului [art. 9 alin. (2) C. proc. civ. - obiectul și limitele procesului sunt stabilite prin cererile și apărările părților].

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația SC SRL nr. 19557/08.10.2019, în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de zece zile lucrătoare.

PREȘEDINTE,

.....

MEMBRU,

.....

MEMBRU,

.....

Redactată în patru exemplare, conține opt pagini.