str. Stavropoleos nr. 6, sectorul 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980,
tel. +40-21-3104641, tel. +40-21-3104670, fax. +40-21-3104642,
e-mail: office@cnsc.ro, www.cnsc.ro, http://portal.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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....
Data:...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., formulată de... &..., cu sediul în..... nr....., înregistrată la... de pe lângă... sub nr...., având CUI nr...., reprezentată legal prin președintele consiliului de administrație și convențional prin... & Asociații, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în..... nr....., ..., et...., sector....., împotriva solicitării de clarificări nr...., emisă de către..., cu sediul în mun..., bd..... .. nr....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...", cod..., s-a solicitat:

- admiterea contestației;
- anularea solicitării de clarificări contestate nr...., emisă de Comisia de evaluare din cadrul autorității, transmisă acestuia în etapa de evaluare a ofertelor, precum și orice acte subsecvente și măsuri procedurale întemeiate pe această solicitare;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de atribuire cu respectarea rezultatului evaluării deja efectuate și a limitelor documentației de atribuire, precum și obligarea autorității contractante să nu reevalueze propunerea sa tehnică și financiară prin raportare la cerințe care nu se regăsesc în fișa de date, caietul de sarcini, anexele acestuia sau răspunsurile consolidate la solicitările de clarificări publicate în SEAP.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal învestit, a avut în vedere următoarele:

În ceea ce privește contestația înregistrată la Consiliu sub nr...., al cărei conținut se regăsește integral și poate fi consultat de către părțile cauzei, fiind disponibil pentru acces public prin accesarea fișierului „[CN1... /...169] Contestatie.pdf.p7s" din anexa anunțului de participare publicat în SEAP, contestație formulată de... &..., împotriva solicitării de clarificări nr...., emisă de Comisia de evaluare din cadrul autorității,

transmisă acestuia în etapa de evaluare a ofertelor, precum și oricăror acte subsecvente și măsuri procedurale întemeiate pe această solicitare, contestatorul solicitând cele prezentate în partea introductivă a prezentei decizii.

În prealabil, contestatorul face o scurtă prezentare a situației de fapt, precizând că, urmare a solicitării autorității de documente suport DUAE, ulterior aplicării criteriului de atribuire și stabilirii... &... ca ofertant clasat pe primul loc, a transmis documentele solicitate, însă autoritatea a transmis solicitarea de clarificări nr.... la care contestatorul a răspuns, susținând că solicitarea acesteia este lipsită de temei juridic, fiind emisă după evaluarea tehnică.

... &... susține că autoritatea contractantă a solicitat documentele suport DUAE numai după stabilirea sa ca ofertant clasat pe primul loc, ceea ce confirmă că oferta sa fusese deja analizată și considerată admisibilă, invocând dispozițiile art....6 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Menționează că solicitarea de clarificări din... excede cerințelor din caietul de sarcini și fișa de date, prin introducerea unor cerințe suplimentare privind licențele software, securitatea cibernetică, relația... &... și structura prețurilor din anexa 10.

Din punctul său de vedere, autoritatea contractantă nu poate suplimenta ex post conținutul Anexei 10 și nu poate converti o declarație de preț asumată într-un criteriu nou de calificare sau într-o cerință eliminatorie. O asemenea conduită încalcă principiile transparenței și tratamentului egal, deoarece ceilalți ofertanți nu au fost informați, la momentul depunerii ofertelor, că vor trebui să prezinte producătorii pieselor, contractele de comercializare și documentele de justificare a prețurilor din Anexa 10.

În opinia sa, solicitarea contestată nu reprezintă o clarificare sau completare formală, ci o reevaluare a propunerii tehnice și financiare prin raportare la cerințe noi.

În acest sens, susține că dacă răspunsul la solicitarea contestată ar putea conduce la respingerea ofertei sale, atunci solicitarea are în realitate funcția de a introduce cerințe eliminatorii noi. Dacă, dimpotrivă, răspunsul nu ar putea conduce la respingere, atunci solicitarea este inutilă, disproporționată și vătămătoare prin simplul fapt că prelungește și complică nelegal procedura.

Acesta apreciază că în ambele ipoteze, actul contestat este nelegal.

Totodată, consideră că solicitarea contestată încalcă principiile transparenței, tratamentului egal, proporționalității și securității juridice, menționând că cerințele privind dezvăluirea licențelor... &..., condițiile acestor licențe, securitatea cibernetică, garanția inexistenței transferurilor de date în afara UE, controlul contractual asupra componentelor majore și justificarea prețurilor Anexei 10 nu au fost prevăzute ca cerințe de ofertare.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite punctul său de vedere față de contestația depusă

de... &..., solicitând respingerea acesteia ca fiind prematură (întrucât nu există un act administrativ care să fi produs efecte juridice vătămătoare) și totodată, nefondată.

În susținere, autoritatea invocă dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, apreciind că aceste dispoziții legale nu exclud expres posibilitatea ca, în orice fază premergătoare aprobării și publicării raportului procedurii, autoritatea contractantă să poată solicita eventuale clarificări în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016.

Din punctul său de vedere, până la aprobarea raportului și finalizarea procedurii nu se poate afirma că autoritatea ar fi adoptat o decizie finală cu privire la rezultatul procedurii.

Consideră că este neîntemeiată susținerea contestatorului referitoare la faptul că solicitarea de clarificări nr.... ar introduce cerințe suplimentare față de documentația de atribuire, încălcând principiile transparenței, tratamentului egal, proporționalității și securității juridice, întrucât autoritatea contractantă nu a solicitat îndeplinirea unor condiții noi, neprevăzute în documentația de atribuire și nici nu a urmărit completarea ofertei cu elemente inexistente la data depunerii acesteia.

Evidențiază că solicitarea de clarificări privind echipamentele hardware și software este necesară întrucât caietul de sarcini prevede în mod expres obligația furnizării software-ului de analiză și diagnoză pentru vehicul și a licenței software aferente, valabilă pe durata de viață a vehiculelor, fără costuri suplimentare pentru beneficiar.

Precizează că solicitarea de clarificare privind relația dintre ofertantul... &... și societatea constructoare..., menționată în cadrul ofertei, nu urmărește introducerea unor cerințe noi sau verificarea raporturilor comerciale interne dintre... &... și..., ci clarificarea unor aspecte rezultate chiar din oferta depusă de contestator și relevante pentru executarea obligațiilor contractuale asumate.

Totodată, autoritatea menționează că în ceea ce privește solicitarea asupra Anexei nr...., contestatorul susține în mod eronat că autoritatea contractantă a introdus o cerință nouă privind justificarea prețurilor înscrise în Anexa nr...., susținând că, în realitate, solicitarea formulată nu a urmărit modificarea valorilor ofertate și nici prezentarea unei structuri detaliate de cost pentru fiecare reper, ci verificarea faptului că valorile declarate sunt asumate de ofertant, au la bază surse reale de aprovizionare și pot fi susținute pe întreaga perioadă contractuală.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite note scrise prin care solicită respingerea apărărilor autorității contractante, ca nefondate și admiterea contestației sale, astfel cum aceasta a fost formulată.

Contestatorul susține că este netemeinică invocarea de către autoritatea contractantă a pretinsei prematurități, precizând că, în temeiul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, solicitarea de clarificări produce sau poate produce efecte juridice vătămătoare și face obiectul contestației, cu atât mai mult cu cât contestația sa reprezintă o manifestare de diligență

care nu poate rămâne pasivă în fața unor cerințe nelegale, în așteptarea unui act ulterior care ar consacra o vătămare deja iminentă.

Susține că solicitarea de clarificări cu privire la echipamentele hardware și aplicațiile software excede cerințelor din caietul de sarcini, menționând că documentația de atribuire nu a impus prezentarea acordurilor de licență, a condițiilor comerciale ori a relațiilor contractuale cu producătorul în acest sens.

Acesta afirmă că solicitarea de clarificări reprezintă o solicitare de documentare suplimentară, nu o clarificare a unei informații omise sau eronate din ofertă.

În opinia sa, autoritatea nu poate transforma o obligație de executare într-o cerință nouă de calificare sau conformitate, neregăsită în documentația de atribuire și neaplicată în mod transparent tuturor ofertanților și să folosească această procedură pentru reevaluarea ofertelor.

Menționează că documentația nu impune prezentarea acordurilor de licență, a condițiilor comerciale ori a relațiilor contractuale cu producătorul.

Este de părere că solicitarea cu privire la securitatea cibernetică excede cerințelor licitației, menționând că art. 209 din Legea nr. 98/2016 nu permite autorității să transforme etapa clarificărilor într-o etapă de completare a caietului de sarcini și nici să condiționeze admisibilitatea unei oferte de îndeplinirea unor standarde care nu au fost comunicate tuturor ofertanților înainte de depunerea ofertelor.

De asemenea, consideră că solicitarea cu privire la relația... &... excede cerințelor de calificare, deoarece potrivit documentației de atribuire, potențialii ofertanți aveau obligația să indice doar cine este producătorul autobuzelor ofertate.

Consideră că, din acest punct de vedere, cerințele nu se regăsesc în documentația de atribuire, astfel că sunt cerințe suplimentare de documentare, iar nu clarificări asupra unor informații pretins incomplete din ofertă.

Precizează că solicitarea se referă la documentarea unor raporturi comerciale interne care nu au fost prevăzute ca cerințe de calificare, conformitate sau evaluare cu scopul declarat chiar de autoritatea contractantă în sensul de verificare a capacității ofertantului de a executa obligațiile asumate prin ofertă.

În susținere, acesta face trimitere la fișa de date (.....a, pag. 6 și IV...., pag. 9), precum și la caietul de sarcini (Secțiunea..., pag. 12-13).

Cu privire la Anexa 10 - Lista pieselor și subansamblelor, contestatorul susține că solicitarea excede regulilor de evaluare a factorului de mentenanță din fișa de date, făcând trimitere la...., pag. 3-4 din aceasta.

În opinia sa, diferența față de valorile altor oferte nu poate suplini lipsa unei cerințe din documentație și nu autorizează autoritatea să creeze ex post o obligație de justificare a prețurilor din Anexa 10. Diferențele de

preț sunt inerente competiției și nu transformă asumarea valorilor într-o obligație de documentare neprevăzută.

... &... susține că răspunsul său transmis în SEAP la data de... confirmă îndeplinirea cerințelor documentației de atribuire, precizând că a atașat confirmarea emisă de producătorul..., prin care acesta atestă că:

(i) este producătorul autobuzelor electrice marca Granton ofertate în procedură;

(ii) ... &... este distribuitorul autorizat și exclusiv al autobuzelor marca Granton pe teritoriul României;

(iii) există un Contract de... între... și... &...;

(iv) ... &... are toate drepturile de utilizare a sistemelor software integrate în vehicule, de instalare, integrare, furnizare, mentenanță, suport tehnic și actualizări, fără limitări și dependențe;

(v) autobuzele dețin certificat de omologare europeană care atestă conformitatea inclusiv privind securitatea cibernetică (UNECE R155 și R156);

(vi) componentele și sistemele sunt sub controlul și responsabilitatea... &...;

(vii) ... &... are dreptul de a comercializa și furniza piese de schimb, iar prețurile din Anexa 10 au la bază acordurile contractuale cu producătorul.

În concluzie, reiterează că solicitarea de clarificări din data de... nu reprezintă o clarificare în sensul art. 209 din Legea nr. 98/2016, ci o solicitare de documente suplimentare și de documentare a unor pretinse cerințe care nu au fost prevăzute în fișa de date sau în caietul de sarcini.

Prin adresa nr...., înregistrată la Consiliu sub nr...., autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției, pe suport electronic.

Prin adresa nr....., înregistrată la Consiliu sub nr...., contestatorul transmite, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr...., din data de... în cuantum de..., eliberată de....

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect: „...".

Cu titlu prealabil, Consiliul urmează a se pronunța, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, asupra excepției prematurității contestației, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere, prin care aceasta a susținut că solicitarea de clarificări nu ar constitui un act administrativ care să producă efecte juridice vătămătoare, întrucât, până la aprobarea și publicarea raportului procedurii, nu s-ar putea afirma că ar fi fost adoptată o decizie finală cu privire la rezultatul procedurii de atribuire.

Excepția astfel invocată urmează a fi respinsă ca nefondată, deoarece, potrivit art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, prin act al autorității contractante se înțelege *„orice act administrativ, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice,*

neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, cu modificările și completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii", text din care rezultă că legiuitorul nu a limitat sfera actelor supuse controlului Consiliului la actele administrative prin care se finalizează procedura, ci a inclus în această sferă și simplele operațiuni administrative, iar posibilitatea contestării acestora nu este condiționată de producerea efectivă a unui efect juridic, ci de simpla posibilitate de a-l produce, formularea „*produce* ***sau poate produce***" fiind lipsită de echivoc.

Or, solicitarea de clarificări nr.... este o operațiune administrativă emisă în legătură cu și în cadrul unei proceduri de atribuire dintre cele prevăzute la art. 68 din Legea nr. 98/2016, respectiv o licitație deschisă, iar posibilitatea ca acest act să producă efecte juridice rezultă chiar din prevederile legale statuate cu privire la răspunsul la o asemenea solicitare, câtă vreme, potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, în cazul în care ofertantul nu transmite în termenul precizat clarificările solicitate sau clarificările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă, ceea ce înseamnă că actul contestat este de natură să deschidă calea....

Consiliul reține, de asemenea, că eventuala condiționare a exercitării căii de atac de emiterea ulterioară a comunicării rezultatului procedurii ar însemna ca operatorul economic să fie obligat să aștepte consumarea vătămării pentru a putea să conteste cauza ei, soluție care contravine scopului declarat al Legii nr...., acela, stipulat la art. 1 alin. (3), de a asigura „mecani*sme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor", înt*rucât o remediere intervenită abia după parcurgerea integrală a unei reevaluări generată de eventuale cerințe nelegale ar fi lipsită de caracterul efectiv și rapid pe care îl urmărește legea mai sus indicată.

Nu în ultimul rând, contestatorul îndeplinește condițiile cerute de art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi calificat drept persoană care se consideră vătămată, având în mod evident un interes în legătură cu procedura de atribuire, în calitate de ofertant clasat pe primul loc, și riscând să sufere un prejudiciu ca o consecință a actului contestat, astfel încât, fiind întrunite condițiile prevăzute de art. 2 alin. (1) din aceeași lege, contestația sa este admisibilă, urmând a fi analizată pe fond.

În acest sens, Consiliul reține că, prin contestația care face obiectul prezentei... &... este nemulțumit de solicitarea de clarificări nr...., emisă de comisia de evaluare în urma reanalizării propunerii sale tehnice, susținând, în esență, că, prin întrebările adresate cu privire la licențele aferente sistemelor software integrate în vehiculele ofertate, la securitatea

cibernetică a acestor sisteme, la natura raporturilor juridice și comerciale dintre el și societatea constructoare..., precum și la modul de fundamentare a prețurilor înscrise în Anexa nr.... - Lista pieselor și subansamblelor, autoritatea contractantă ar fi introdus, ulterior depunerii ofertelor, cerințe care nu se regăsesc în fișa de date, în caietul de sarcini ori în răspunsurile consolidate publicate în SEAP, transformând astfel etapa clarificărilor într-o reevaluare a unei oferte deja declarate admisibile, motiv pentru care Consiliul va analiza actul contestat nu izolat, ci prin raportare la împrejurările concrete care au determinat emiterea lui, câtă vreme legalitatea unei solicitări de clarificări nu se apreciază exclusiv după modul în care sunt formulate întrebările, ci și după scopul în vederea căruia acestea au fost adresate.

Sub acest aspect, se reține că, prin raportul procedurii semnat de membrii comisiei de evaluare la data de..., aflat în dosarul achiziției, comisia constatase că propunerea tehnică a contestatorului îndeplinește cerințele minime din caietul de sarcini, că propunerea sa financiară este admisibilă, că, în urma aplicării criteriului de atribuire, acesta s-a clasat pe primul loc cu un punctaj total de... puncte și că documentele suport prezentate au confirmat informațiile preliminare din DUAE, propunând, în consecință, desemnarea... &... drept ofertant câștigător, evaluarea fiind, așadar, încheiată în toate etapele sale.

Ulterior, prin Nota nr...., semnată de viceprimarul municipiului... în calitate de reprezentant legal al autorității contractante (înscris aflat la dosarul cauzei pe memoria externă tip USB stick, în fișierul „....Raport+Nota returnare rapo*rt.pdf"), aceasta a refuzat aprobare*a raportului procedurii și a dispus reevaluarea parțială a ofertelor, invocând, ca prim motiv, „Lipsa trasabilității și a ver*ificării de fond privind originea bunurilor", cu argumentul că, oferta t*ehnică indică o colaborare de producție cu un partener din..., „există indicii temeinice că subansamblele majore (acu*mulatori, motoare, șasiu) sunt furnizate integral din afara UE, existand un risc major de neconformitate cu Art. 85 din Directiva.../25/UE" și că „Există suspiciunea rezonabilă că ponderea comp*onentelor *terțe (China) depășește pragul legal de 50% din valoarea totală, fapt ce oferă autorității contractante dreptul legal de a respinge oferta pentru protejarea pieței unice", reproșând totodată comisiei că „evaluarea financiara* a ofertelor nu contine o detaliere *a modului de incadrare in pragul de 3% prevazut la art.85 din.../25/UE", ca al doilea motiv, „Lipsa analizei de risc privind... și interdepe*ndența tehnologică", iar *ca al treilea motiv, „Riscul corecțiilor financiare pe Fonduri de Coeziune".*

Comparând conținutul acestei note cu cel al solicitării de clarificări contestate, Consiliul constată că cele trei seturi de întrebări adresate contestatorului la data de... reproduc, punct cu punct, cele trei motive ale refuzului, întrebările privind natura relației juridice și comerciale cu... și controlul efectiv asupra tuturor componentelor majore fiind expresia primului motiv, cele privind conformitatea sistemelor software, prevenirea

accesului neautorizat și garanția inexistenței transferurilor de date în afara spațiului... fiind expresia celui de al doilea, iar cele privind identitatea producătorului pieselor de schimb și justificarea valorilor „semnificativ reduse” din Anexa nr.... fiind expre*sia celui de al tre*ilea, astfel încât actul contestat nu are o existență de sine stătătoare, ci constituie modalitatea concretă prin care comisia de evaluare a înțeles să execute dispoziția primită.

Or, temeiul de drept pe care se sprijină primul și cel mai amplu dintre motivele refuzului nu este aplicabil procedurii în cauză, deoarece art. 85 din Directiva.../25/UE face parte din secțiunea a 4-a a capitolului III al titlului II, intitulată „Of*erte care cuprind produse originare din țări terțe și relațiile cu aceste țări”*, secțiune care nu are corespondent în Directiva.../24/UE privind achizițiile publice, mecanismul respectiv fiind conceput exclusiv pentru entitățile contractante care își desfășoară activitatea în sectoarele apei, energiei, transporturilor și serviciilor poștale și fiind, în consecință, transpus în dreptul intern numai prin Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, iar nu și prin Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Câtă vreme procedura organizată de... este o licitație deschisă supusă Legii nr...., astfel cum autoritatea contractantă însăși a precizat atât în fișa de date, cât și la pct.... din raportul procedurii, unde a enumerat legislația aplicabilă, rezultă că nici pragul de 50% invocat, nici cel de 3% nu au vreo aplicare în cauză, ele neregăsindu-se în legea care guvernează atribuirea acestui contract, astfel încât reproșul adresat comisiei de evaluare, acela de a nu fi verificat originea produselor și de a nu fi detaliat încadrarea în praguri, îi imputa acesteia neîndeplinirea unei obligații pe care legea nu i-o stabilise niciodată.

De altfel, chiar și în procedurile sectoriale, mecanismul menționat nu operează automat și nu îmbracă forma unei verificări pe care entitatea contractantă ar putea-o declanșa după deschiderea ofertelor, ci presupune ca regula respingerii să fie cunoscută de la bun început de toți participanții, pentru ca aceștia să își poată configura oferta în consecință, ceea ce face cu atât mai puțin admisibilă transpunerea ei, pe cale de interpretare, într-o procedură clasică în care documentația de atribuire nu conține nicio referire la originea produselor, la proveniența subansamblelor sau la ponderea componentelor din state terțe.

Consiliul reține, în acest sens, că nici anunțul de participare CN1... /..., nici fișa de date a achiziției și nici caietul de sarcini nu cuprind vreo cerință/condiție privind originea bunurilor ofertate, singura mențiune referitoare la producător fiind cea de la capitolul... din caietul de sarcini, potrivit căreia „Originea *și producătorul subansamblelor, agregatelor și echipamentelor din dotarea autobuzelor se vor păstra pentru întregul lot de autobuze livrat”, text ca*re instituie o cerință de constanță a soluției tehnice pe durata livrării, iar nicidecum o condiție privind proveniența geografică a componentelor, tot astfel cum nici indicarea, în Anexa nr...., a furnizorului și a codului de producător pentru fiecare reper nu are

semnificația unei verificări a originii, ci pe aceea de a permite autorității contractante să identifice și să comande piesele de schimb la prețurile ofertate pe durata garanției.

În mod similar, nici documentația de atribuire nu impune ofertanților dovedirea unor standarde de securitate cibernetică, prezentarea unor certificări internaționale în această materie ori garantarea faptului că sistemele instalate pe vehicule nu permit transferul de date în afara spațiului..., iar invocarea generică, în cuprinsul notei, a „directivelor e*uropene privind reziliența cibernetică" și a „legisl*ației na*ționale privind securitatea rețelelor", fără indica*rea vreunei norme concrete și fără corespondent în documentația publicată, nu poate suplini absența unei cerințe pe care ofertanții să o fi cunoscut la momentul elaborării ofertelor, singura exigență de acest ordin care le era opozabilă fiind cea a deținerii omologării de tip a întregului vehicul, despre care autoritatea nu neagă că o probase deja contestatorul prin certificatul depus în ofertă.

Nici cel de al treilea motiv al refuzului nu poate justifica reevaluarea, întrucât riscul aplicării unor corecții financiare în temeiul OUG nr. 66/2011 nu constituie, prin el însuși, un criteriu de calificare, un factor de evaluare sau un motiv de respingere a ofertei, iar preocuparea pentru buna gestiune a fondurilor europene, oricât de legitimă în sine, nu îngăduie autorității contractante să introducă în evaluare exigențe pe care nu le-a prevăzut în documentația de atribuire, cu atât mai puțin atunci când riscul invocat este ipotetic și decurge tocmai din intenția de a aplica un temei juridic străin procedurii.

Este adevărat că, potrivit art. 127 alin. (3) din HG nr. 395/2016, *„În cazul în care nu aprobă raportul procedurii, conducătorul autorității contractante va motiva în scris decizia sa și poate, după caz: a) returna raportul, o singură dată, comisiei de evaluare spre corectare sau reevaluare parțială*", însă acest text conferă conducătorului autorității contractante un instrument de control al legalității evaluării, strict în limitele documentației de atribuire, iar nu dreptul de a redefini, după deschiderea ofertelor, regulile competiției, corectarea sau reevaluarea parțială neputând avea alt obiect decât verificarea ofertelor prin prisma cerințelor documentației de atribuire, astfel cum aceasta a fost publicată în SEAP.

Această concluzie se impune cu atât mai mult cu cât conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură, care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind ținută ca, în desfășurarea procedurii, să respecte atât dispozițiile legale aplicabile, cât și prevederile propriei documentații, care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv, iar, conform unei jurisprudențe constante a Curții de Justiție a..., unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea

însăși le-a stabilit (Hotărârea din 10 octombrie....., C-336/12, punctul 40, Hotărârea din 6 noiembrie..., Cartiera dell'Adda, C-42/13, punctele 42 și...), obligație care derivă din principiul egalității de tratament și din obligația de transparență ce decurge din acesta, principii care impun formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât toți ofertanții informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod, iar considerația respectivă este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură.

Or, în cauza de față, ceilalți patru operatori economici care au depus oferte nu au fost și nu puteau fi informați, la momentul depunerii acestora, că vor trebui să demonstreze originea subansamblelor, ponderea componentelor provenind din state terțe, valoarea Ex-Works a produsului ori conformitatea sistemelor software cu standarde de securitate cibernetică nedeterminate, astfel încât o reevaluare purtată asupra acestor elemente ar fi fost, oricum, imposibil de realizat cu respectarea tratamentului egal, ea vizând, în fapt, o singură ofertă, aceea a contestatorului, selectată în considerarea proveniență partenerului său de producție.

Consiliul nu poate reține nici apărarea autorității contractante potrivit căreia solicitarea de clarificări ar fi urmărit doar verificarea capacității ofertantului de a executa obligațiile deja asumate prin ofertă, deoarece, deși unele dintre întrebările adresate ar putea, privite izolat, să pară izvorâte din cerințe existente în caietul de sarcini, precum cele referitoare la licențele software care trebuie furnizate împreună cu vehiculele, scopul în vederea căruia întregul act a fost emis rezultă fără echivoc din nota de returnare a raportului, iar o solicitare de clarificări emisă în executarea unei dispoziții întemeiate pe o normă inaplicabilă nu poate fi salvată prin identificarea ulterioară a unor justificări pe care actul nu le-a cuprins, câtă vreme motivarea unui act administrativ nu poate fi completată în cursul soluționării căii de atac.

De altfel, chiar și acele întrebări trebuie apreciate în contextul în care au fost formulate, întrucât aspectul care i s-a solicitat contestatorului nu era să confirme că va livra licențele asumate, ci să prezinte acordul încheiat cu producătorul, condițiile comerciale ale acestuia și dovada controlului contractual asupra tuturor componentelor majore ale vehiculelor, adică documente care privesc raporturile interne dintre ofertant și partenerul său și pe care documentația de atribuire nu le-a cerut niciodată, astfel încât solicitarea depășește, și sub acest *aspect, limitele art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor*

de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței", respectiv ale art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, conform căruia „*Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte*", texte care circumscriu clarificările la ceea ce este incomplet, eronat sau lipsă prin raportare la documentația de atribuire, iar nu la ceea ce ar dori autoritatea contractantă să afle ulterior, dincolo de propriile cerințe.

Consiliul mai reține, spre deosebire de susținerea contestatorului, că simpla împrejurare că evaluarea fusese finalizată și că documentele suport aferente DUAE fuseseră deja solicitate și verificate nu ar fi împiedicat, prin ea însăși, revenirea comisiei de evaluare asupra propriei aprecieri, câtă vreme procedura nu se încheiase prin aprobarea raportului, iar art. 127 alin. (3) din HG nr. 395/2016 permite tocmai o asemenea revenire; ceea ce viciază însă actul contestat nu este momentul la care a fost emis, ci obiectul său, respectiv verificarea unor aspecte care nu figurează în documentația de atribuire și care nu puteau fi introduse în competiție după deschiderea ofertelor.

Față de toate cele de mai sus, întrucât solicitarea de clarificări nr.... a fost emisă în executarea unei dispoziții de reevaluare întemeiate pe o normă care nu este aplicabilă procedurilor de atribuire supuse Legii nr.... și întrucât, prin conținutul său, aceasta tinde la verificarea unor cerințe care nu se regăsesc în documentația de atribuire, cu încălcarea principiilor transparenței, tratamentului egal și proporționalității consacrate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de... &... în contradictoriu cu autoritatea contractantă..., va anula solicitarea de clarificări nr.... și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin finalizarea evaluării ofertelor exclusiv prin raportare la cerințele documentației de atribuire publicate în SEAP, fără a solicita ofertanților documente sau justificări privind originea produselor, ponderea componentelor provenind din state terțe, standarde de securitate cibernetică ori raporturile contractuale dintre ofertanți și producătorii bunurilor ofertate, cerințe care nu se regăsesc în documentația de atribuire.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite contestația formulată de... &..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă..., și anulează solicitarea de clarificări nr.....

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la comunicarea prezentei decizii, să continue procedura de atribuire prin finalizarea evaluării ofertelor exclusiv prin raportare la cerințele documentației de atribuire publicate în SEAP, fără a solicita ofertanților documente sau justificări privind originea produselor, ponderea componentelor provenind din state terțe, standarde de securitate cibernetică ori raporturile contractuale dintre ofertanți și producătorii bunurilor ofertate.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	...	Consilier de soluționare
...	...	...

Redactat practicaua deciziei

...

... în 4 (patru) exemplare originale, conține 13 (treisprezece) pagini.