CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 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. ..... / ..... / ..... / 1817 / 1818 / 1819 / 1820 / 1821 / 1822 / .....
Data: .....

Prin contestația nr. 9332/....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21339/30.05....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în , ..., județul ....., CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului J22/442/1991, reprezentată de domnul … - administrator, lider al asocierii cu SC ... SA, privind procedura de licitație deschisă pentru încheierea unui acord-cadru de lucrări de ....., lotul 1 -Lunca Cetățuii, coduri CPV 45233141-9 și 45233142-6, cu data-limită de depunere a ofertelor 03.05....., organizată de ....., cu sediul în ....., ..., ..., prin ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 9333/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21333/30.05....., depusă de SC ..... SRL, cu datele de identificare menționate anterior, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., prin ....., lotul 2 - Dobrovăț, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 9334/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21337/30.05....., depusă de SC ..... SRL, privind aceeași licitație deschisă, lotul 3 - Hârlău, contestatoarea a solicitat anularea

rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 9335/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21335/30.05....., depusă de SC ..... SRL, privind aceeași licitație deschisă, lotul 4 - Pașcani, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 9336/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21331/30.05....., depusă de SC ..... SRL, privind aceeași licitație deschisă, lotul 5 - Pădureni, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 3048/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21341/30.05....., depusă de SC ... SA, cu sediul în ....., CUI …, număr de înregistrare în registrul comerțului …, reprezentată de domnul …, lider al asocierii cu SC ..... SRL, privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., prin ....., lotul 6 - Podu Iloaiei, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 3049/....., înregistrată la Consiliu cu nr. 21344/30.05....., depusă de SC ... SA, cu datele de identificare menționate anterior, privind aceeași procedură de licitație deschisă, lotul 7 - Răducăneni, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului procedurii de atribuire și reevaluarea ofertei sale pentru respectivul lot sau, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliu cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., societate în reorganizare, reprezentată de ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., precum și reprezentată convențional de avocat ....., privind aceeași procedură de licitație deschisă organizată de ....., prin ....., loturile 2-6, contestatoarea a solicitat anularea rezultatului evaluării ofertei sale, precum și a răspunsului la notificarea prealabilă.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzelor 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 contestațiile de față, prin care operatorii economici SC ..... SRL, SC ... SA și SC ..... SA reclamă decizia autorității contractante ... RA de respingere, ca neconforme, a ofertelor lor, depuse la procedura de atribuire menționată în partea introductivă, loturile indicate.

În motivarea contestațiilor sale, SC ..... SRL învederează că, deși nu a identificat furnizori cu produse certificate identice ca dimensiune cu cele impuse în documentația de atribuire, nu a contestat respectiva documentație, ci a adresat autorității două solicitări de clarificări:

Solicitare operator	**Răspuns autoritate**
În cadrul caietului de sarcini pus la dispoziție regăsim cerința ca tuburile pentru podețe să fie tip PREMO. Având în vedere faptul că toți producătorii pentru aceste tipuri de tuburi ne-au comunicat că tuburile se fabrică după cum urmează: - tuburi PREMO având diametrele: 600 mm, 800 mm și 1000 mm și lungime nominala de 5 m; - tuburi SENTAB având diametrele: 1200 mm, 1400 mm și 1600 mm și lungime nominala de 6 m; a) Vă rugăm să permiteți înlocuirea tuburilor premo D=1200 mm, D=1500 mm cu tuburi sentab D=1200 mm și D=1600 mm. b) Vă rugăm să transmiteți ce consum specific se va cota în cadrul articolelor de deviz aferente montajului acestor două tipuri de tuburi, ținând cont că în prezent consumul este de 0,2 buc tub pe metru de montaj, coroborat cu lungimea nominală a tubului de 6m.	a) Nu se acceptă înlocuirea tuburilor tip Premo D=1200 mm și D=1500 mm cu tuburi tip Sentab D=1200 mm și D=1600 mm b) Lucrarea prevăzută la articolul de deviz ACC08F1 se va executa cu tuburi tip Premo cu D=1200 mm și L=5 m cu consum specific de 0,202 buc tub/m
Revenim la clarificarea nr. 11511/16.04....., răspunsul nr. 5: Întrucât nu s-a acceptat înlocuirea tuburilor premo D=1200 cu sentab D=1200, respectiv premo D=1500 cu sentab D=1600, iar tuburi premo D=1200 și D=1500 nu există pe piață (materiale certificate), va rugăm să ne transmiteți denumirea furnizorului care poate oferta aceste materiale și care poate oferi și certificate de conformitate.	Cercetarea pieței și alegerea furnizorilor se realizează de fiecare ofertant, indicarea de către autoritatea contractantă a unor furnizori ar avea ca efect favorizarea acestora, fapt ce nu este permis autorității contractante

În urma acestor răspunsuri s-a căutat o variantă legală de îndeplinire a cerinței, prin propunerea de elemente superioare din punct de vedere al dimensiunilor și specificațiilor tehnice.

La 08.05....., autoritatea i-a transmis solicitarea nr. 264, de prezentare de documente doveditoare a capacității producătorului ... SA, declarat în ofertă, de a furniza tuburi de forma și dimensiunile impuse în documentația de atribuire, respectiv tuburi PREMO cu lungimea de 5 m și diametrul de 1.200 mm, respectiv 1.500 mm.

În răspunsul transmis s-a clarificat, susținut de argumente tehnice și documente doveditoare, că includerea în propunerea

tehnică a tuburilor SENTAB D = 1.200 mm și D = 1.600 mm este justificată de faptul că sunt tot tuburi de beton precomprimat, suplimentar cu precomprimare transversală, ceea ce sporește cu până la 40% rezistența și etanșeitatea betonului, față de tuburile similare compactate numai prin vibrare. Acest tip de tub se produce numai de către ... SA. Prin însăși definiția tipului de produs solicitat prin caietul de sarcini, și anume tub tip PREMO, se înțelege că ofertantul are obligația de a include în ofertă și apoi în lucrare tuburi din beton precomprimat, PREMO nefiind denumirea produsului, ci a tehnologiei de execuție. Din această cauză, au fost incluse pentru diametrele D = 1.200 și D = 1.600 mm tuburi SENTAB.

În răspunsul transmis autorității a fost inserat, pentru edificare, un tabel ce demonstrează că produsele ofertate sunt superioare celor solicitate, din toate punctele de vedere (rezistență la compresiune/presiune, asigurare debit, materiale componente, durabilitate, mod de îmbinare etc).

Autoritatea a obligat ofertanții la punerea în operă a unui material de construcție necertificat. Punerea pe piață în România a produselor pentru construcții este supusă art. 11 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 668/2017, în baza unui certificat de conformitate elaborat de un organism acreditat de evaluare a conformității produselor pentru construcții. Orice operator care a inclus în oferta sa un produs a cărui conformitate nu este dovedită cu un certificat se află în situația prezentării unei oferte neconforme.

Prin diametrul tubului ofertat, de 1.600 mm, față de cel minim solicitat prin documentația de atribuire (1.500 mm), este asigurată secțiunea de scurgere a apei prin tub, nefiind posibil în condițiile evoluției factorilor climatici (ploi repezi, abundente și într-o perioadă scurtă de timp) ca apa să nu se poată evacua corespunzător. Este evitată, astfel, degradarea elementelor conexe ale drumului și ale podețului.

Faptul că tuburile SENTAB sunt produse și livrate cu lungimea standardizată de 6 m nu constituie un impediment pentru autoritate, întrucât această lungime nu este mai mică decât aceea solicitată în caietele de sarcini (5 m), ci mai mare, iar modul de îmbinare a tuburilor, în vederea prelungirii acestora, este identic - tuburi cu mufă și garnitură, la fel și modul de ajustare a lungimii (scurtare), prin tăiere cu pânză diamantată.

În consecință, nu au fost ofertate produse având caracteristicile geometrice subdimensionate/inferioare față de cerințele enunțate în caietele de sarcini, ci dimpotrivă, au fost ofertate produse de același tip (tuburi din beton precomprimat), cu elemente geometrice superioare în ceea ce privește lungimea acestora, diametrul etc. A fost ofertat produsul luându-se în calcul

prețul pe metru liniar, anume lungime de 5 m și tăierea inclusă, fapt care arată îndeplinirea cerințelor din caietul de sarcini.

SC ... SA (asociat al SC ..... SRL) formulează, în esență, argumente similare cu cele ale primei contestatoare, adăugând că tuburile din beton precomprimat cu diametrul de 1.500 mm nu se produc în România, iar furnizorii acestora nu pot prezenta certificări CE. În specificațiile din nota de prezentare a tuburilor SENTAB este descris modul de realizare tehnologică a acestora, în care apare mențiunea că tuburile, fiind precomprimate și longitudinal și transversal, conțin/includ/au în structură atât armături longitudinale, cât și transversale. Procesul de precomprimare a unui element de beton armat se realizează doar prin intermediul armăturii, nu al betonului. Centrifugarea specifică tuburilor tip PREMO este o metodă de compactare a betonului în procesul de fabricație. Vibrarea și presarea folosite în cazul tuburilor SENTAB sunt, de asemenea, metode de compactare a betonului în procesul de fabricație. Faptul că presiunea de presare/compactare este de 30 atm demonstrează nivelul de compactare a betonului, făcându-l etanș și rezistent.

Clasa de beton din corpul tubului SENTAB este aceeași cu aceea a betonului pentru tubul PREMO, și anume C32/40 (echivalent B500), cum reiese din specificațiile tubului PREMO pe care le atașează. În Normativul AND 590/2004 se specifică faptul că clasa minimă a betonului pentru suprastructura elementelor din beton precomprimat este C25/30.

În consecință, societatea nu a ofertat produse având caracteristici geometrice subdimensionate/inferioare față de cerințele din caietele de sarcini, ci dimpotrivă, a ofertat produse de același tip (tuburi din beton precomprimat), cu elemente geometrice și tehnice superioare în ceea ce privește caracteristicile acestora. Pentru adaptarea la teren se poate proceda la ajustarea prin tăiere a lungimii tuburilor la lungimea solicitată în documentația de licitație (5 m), pe cheltuială proprie, punându-se la dispoziția autorității contractante produse conforme cerințelor formulate în documentația de licitație.

În motivarea celei din urmă contestații, SC ..... SA afirmă că propunerea sa tehnică respectă întru totul caietul de sarcini, făcând referire, în privința tuburilor ce urmează a fi utilizate, la tuburi tip PREMO cu diametrele de 1.200 mm și 1.500 mm.

În adresa nr. 285/15.05....., de comunicare a respingerii ofertelor, autoritatea contractantă invocă două motive:

- „nu au fost ofertate tuburile cu diam. 1200 mm și 1500 mm PREMO ... ci tuburi de tip SENTAB ...”

- „diametrele tuburilor ofertate sunt diferite de cele impuse în cadrul caietului de sarcini.”

însă au fost ofertate tuburi tip PREMO, cu diametrele cerute în caietul de sarcini, motivele fiind nefondate.

Prin adresa nr. 265/08.05.2015, autoritatea i-a solicitat să prezente dovezi că SC ... SA are capacitatea de a livra tuburi tip PREMO/1.200/1.500, iar la 10.05..... i-a fost comunicat răspunsul provenit de la ... SA legat de tipurile de tuburi pe care le produce și, totodată, a fost depusă oferta … SRL, potrivit căreia poate asigura furnizarea de tuburi PREMO/1.200/1.500. S-a precizat că nu s-a putut indica acest furnizor în oferta inițială, întrucât, până la data-limită de depunere a ofertelor, nu i-a comunicat o ofertă scrisă, confirmând doar telefonic producerea și posibilitatea de furnizare a tuburilor tip PREMO cu diametrele respective. Răspunsul dat autorității confirmă posibilitatea de furnizare a tuburilor tip PREMO/1.200/1.500 pentru loturile 2-7 ofertate.

Prin raportare la dispozițiile art. 220, coroborate cu cele ale art. 219 lit. a) din Legea nr. 98/2016, ofertantului îi este permis să înlocuiască un furnizor declarat în procedura de achiziție publică în situația în care furnizorul declarat inițial nu [mai] poate asigura furnizarea bunurilor necesare executării lucrărilor ofertate. În contextul răspunsului primit de la ... SA s-a indicat că tuburile tip PREMO urmează a fi furnizate de Pavexpert International SRL, depunându-se în acest sens oferta de la acest furnizor, respectiv dovada posibilității de a furniza și pune în operă în cadrul lucrărilor a tuburilor cerute. Schimbarea furnizorului în timpul procedurii de atribuire este permisă de prevederile Legii nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă nu poate invoca dispozițiile art. 134 alin. (9) lit. e) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 în condițiile în care:

- schimbarea unui furnizor este permisă expres de lege, act normativ de rang superior;

- schimbarea unui furnizor nu poate constitui modificare a propunerii tehnice, identitatea furnizorului neputând avea relevanță în procedura de achiziție mai mult decât caracteristicile tehnice ale produsului vizat;

- caracterul angajant al ofertei privește modul de executare a contractului și prețul ofertat, nu identitatea furnizorilor.

Considerarea de către autoritate a ofertelor ca fiind neconforme pe considerentul că „nu satisfac în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini” este netemeinică și nelegală, întrucât:

- propunerile tehnice pentru loturile 2-7 fac referire la tuburi tip PREMO cu diametre de 1.200 mm și 1.500 mm, conform cerințelor din caietul de sarcini;

- s-a indicat posibilitatea de achiziționare a tuburilor de la noul furnizor, conform răspunsului la solicitarea de clarificări.

În punctele sale de vedere nr. 12175 și 12177/CP/04.06..... asupra contestațiilor depuse de SC ..... SRL și SC ... SA, înregistrate la Consiliu cu nr. 22031 și 22032/04.06....., autoritatea contractantă susține în apărare că, în conformitate cu fișa de date a achiziției, cap. IV.4.1) - Modul de prezentare a propunerii tehnice, operatorii economici aveau obligația de a prezenta un tabel cu detalii producător pentru: produse de carieră și balastieră (piatră spartă, refuz ciur concasat, balast, nisip) și tuburi pentru podețe (conform notificării emise de Agenția Națională pentru Achiziții Publice la 1 iunie 2011). În caietul de sarcini s-a specificat că „tuburile utilizate sunt tip PREMO pentru diametrele de 600 mm, 800 mm, 1.000 mm, 1.200 mm și 1.500 mm din beton centrifugat precomprimat". În răspunsul nr. 11511/16.04..... la o solicitare de clarificări, publicat în SEAP, s-a menționat în mod clar că „nu se acceptă înlocuirea tuburilor tip PREMO D = 1200 mm și D = 1500 mm cu tuburi tip Sentab D = 1200 mm și D = 1600 mm".

În urma analizării propunerilor tehnice depuse de asocierea SC ..... SRL - SC ... SA, comisia de evaluare a hotărât să solicite clarificări cu privire la capacitatea producătorului declarat în tabel (SC ... SA) de a produce tuburile tip PREMO de forma și dimensiunile cerute în caietul de sarcini. Verificând răspunsurile primite, comisia a stabilit că ofertele asocierii sunt neconforme, deoarece:

- nu au fost ofertate tuburi cu diametrele de 1.200 mm și 1.500 mm tip PREMO (tuburi cu tehnologie de fabricație PREMO, din beton precomprimat centrifugat), ci tuburi tip SENTAB (tuburi cu altă tehnologie de fabricație, din beton precomprimat vibrat și presat);

- diametrele tuburilor ofertate sunt diferite față de cele impuse în caietul de sarcini (1.600 mm ofertat/1.500 mm solicitat).

Nu este pusă la îndoială calitatea tuburilor tip SENTAB ofertate de contestatoare, ci faptul că acestea nu îndeplinesc cerințele stabilite în caietul de sarcini și clarificările publicate, referitoare la tehnologia de fabricare și diametrele solicitate. Nu se pot accepta produse cu dimensiuni (diametre) mai mari decât cele precizate în caiet, deoarece ar însemna modificarea soluției tehnice, iar punerea lor în operă ar presupune modificarea cantităților de lucrări.

Tubul PREMO nu este o marcă comercială asimilată unui producător, ci reprezintă o tehnologie de fabricație, tehnologie ce asigură anumite calități produsului, fiind preferată de proiectanți.

Tuburile PREMO sunt realizate din betoane diferite (zona mufei din beton centrifugat, iar zona capătului drept din betonul stratului de protecție a armăturii transversale), miezul tubului conținând

beton clasa C40/50. Armarea tuburilor PREMO se realizează atât longitudinal, cât și transversal.

În punctul său de vedere nr. 12176/CP/04.06..... asupra contestației SC ..... SA, înregistrat la Consiliu cu nr. 22038/04.06....., autoritatea contractantă prezintă argumente similare celor aduse în combaterea contestațiilor aparținând SC ..... SRL și SC ... SA. În plus, arată că, din moment ce în oferta depusă contestatoarea l-a menționat ca producător al tuburilor pentru podețe pe ... SA, această precizare devine parte integrantă a propunerii tehnice și nu poate fi modificată printr-o revenire ulterioară a ofertantului. Având în vedere art. 134 alin (9) lit. e) din norme, potrivit căreia dacă modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe, modificarea nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale.

Odată declarat un anumit furnizor, informația devine parte integrantă a propunerii tehnice și nu poate fi schimbată ulterior, ca urmare a răzgândirii ofertantului sau din alte cauze. În sens contrar, ar însemna că informațiile pe care le prezintă ofertanții autorităților contractante nu au caracter angajant și, în consecință, pot fi retrase ori schimbate la discreția ofertantului.

Convingerea autorității este că furnizorii materialelor declarate sunt obligatorii atât pentru ofertant, cât și pentru autoritate, care nu pot conveni să le modifice ori să le elimine. Nu se poate accepta modificarea conținutului propunerii tehnice a ofertei, indiferent că ea a fost determinată de solicitarea de clarificări a autorității contractante, operând interdicția expresă de la art. 134 alin. (6) din norme. Separat de această interdicție, art. 124 alin. (1) dispune că oferta are caracter obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant.

Drept urmare, orice eventuală modificare a componentelor în discuție trebuie să atragă respingerea ca neconformă a ofertei, în baza prevederilor legale evocate mai sus. În propunerea tehnică a unei oferte se regăsesc toate elementele care au o înrâurire asupra executării contractului în condiții de conformitate și calitate, cum sunt materialele utilizate, producătorii acestora și locul de unde sunt aduse. Înlocuirea componentelor de detaliere a ofertei, cum s-a întâmplat în cazul de față, constituie o alterare a propunerii tehnice, nepermisă de reglementările în vigoare în România, decât cu unele excepții, inaplicabile în acest caz. Așadar, reprezintă o schimbare a ansamblului propunerii tehnice eliminarea furnizorului inițial și introducerea ulterioară a unuia nou.

Prin solicitarea de clarificări nr. 265/08.05..... s-au cerut informații (clarificări, eventuale completări etc.) referitoare doar la producătorii declarați în propunerea tehnică, nu schimbarea lor.

În cadrul propunerii tehnice depuse pentru loturile 2-7, SC ...SA a prezentat documentul „Tabel distanțe de transport materiale" din care rezultă că, la elaborarea ofertei sale, a avut în vedere achiziția și transportul tuburilor pentru podețe de la producătorul declarat, anume SC ... SA.

În replică la punctul de vedere al autorității contractante, SC ..... SA a transmis Consiliului adresa nr. 646/11.06....., în care arată că și celelalte contestatoare discută despre problema tuburilor PREMO și SENTAB, devenind evident că există o situație litigioasă cu privire la modul în care autoritatea a gestionat situația acestor materiale.

Autoritatea afirmă că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări asupra ofertei s-a indicat un alt furnizor al tuburilor și s-a modificat propunerea tehnică, o astfel de modificare neputând a fi considerată abatere tehnică minoră, însă afirmațiile sunt nefondate, deoarece oferta companiei nu se află în situația de la art. 134 alin. (9) lit. e) din norme, respectiv nu conține abateri de la documentația de atribuire, respectând întru totul caietul de sarcini. Toate mențiunile din cuprinsul propunerilor tehnice fac referire, în privința tuburilor care urmau a fi incluse în lucrări, la tuburi tip PREMO cu diametrele de 1.200 mm și 1.500 mm, conform cerințelor.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, față de informațiile de la furnizorul inițial declarat, SC ... SA, compania a arătat că va achiziționa tuburile necesare de la furnizorul Pavexpert International SRL, fiind prezentată oferta acestuia. Schimbarea furnizorului inițial nu reprezintă o modificare tehnică majoră a propunerii tehnice, cum nefondat susține autoritatea.

La art. 3 alin. (1) lit. w) și yy) din Legea nr. 98/2016 se prevede: *„furnizor - entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant; subcontractant - orice operator economic care nu este parte a unui contract de achiziție publică și care execută și/sau furnizează anumite părți ori elemente ale lucrărilor sau ale construcției ori îndeplinesc activități care fac parte din obiectul contractului de achiziție publică, răspunzând în fața contractantului de organizarea și derularea tuturor etapelor necesare în acest scop*."

Furnizorul declarat are aceeași situație cu a subcontractantului, ofertantul având posibilitatea de înlocuire a lor.

Conform art. 174 din Legea nr. 98/2016: *„(1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/candidatului să*

transmită informații și documente relevante referitoare la capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv. (2) în cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv." Așadar, în cazul unui subcontractant care nu ar avea capacitatea tehnică și profesională de îndeplinire a părții de contract pe care ar urma să o execute, legiuitorul prevede posibilitatea ca ofertantul să îl înlocuiască, impunând autorității să solicite acest lucru ofertantului. Cum prevederile Legii nr. 98/2016 permit înlocuirea unui subcontractant declarat, o astfel de înlocuire nefiind o modificare a ofertei tehnice, cu atât mai mult un furnizor declarat poate fi înlocuit, fără ca înlocuirea acestuia să poată fi considerată o modificare a propunerii tehnice de natură a atrage excluderea din procedură a respectivului ofertant. Suplimentar, în perioada de implementare a contractului, înlocuirea subcontractantului/furnizorului nu este considerată o modificare substanțială a contractantului, cum rezultă din prevederile art. 157, coroborate cu cele ale art. 151 alin. (1) lit. a) din normele anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016.

Din examinarea coroborată a materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzelor conexate, 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. ....., publicat în Sistemul Electronic de Achiziții Publice – SEAP la ....., autoritatea contractantă ....., prin ....., a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea achiziționării de lucrări de ..... din raza direcției silvice organizatoare, administrate de ocoalele silvice Lunca Cetățuii, Dobrovat, Harlau, Pascani, Padureni, Podu Iloaiei și Raducaneni, lucrări divizate în șapte loturi și estimate valoric la 7.766.589,40 lei, fără TVA, pentru o perioadă de 48 luni. Documentația de atribuire a fost postată în SEAP la ....., alături de anunțul de invitare la competiție.

La procedură s-au prezentat mai mulți operatori economici, cu oferte pentru unul sau mai multe loturi, între care asocierea SC ..... SRL - SC ... SA (respectiv SC ... SA - SC ..... SRL) și SC ..... SA, ale căror oferte au fost respinse de autoritate ca

neconforme, întrucât a fost ofertat un alt fel de tuburi decât s-a cerut. Împotriva acestui ....., pentru motivele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii unor răspunsuri din partea acesteia considerate nemulțumitoare, cele trei societăți au învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestațiilor care formează obiectul prezentelor cauze alăturate.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de reclamante, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, listele de cantități, formularele necesare și modelul acordului-cadru și al contractului subsecvent de lucrări, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, 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, inclusiv pentru cei trei contestatori. La acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În concluzie, 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. Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele.

În aceeași direcție, Curtea de Apel ....., Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Raportat la obiectivul general constând în prevenirea și sancționarea încălcării dispozițiilor legale în materia procedurilor de

achiziție publică, nu i se poate reproșa autorității contractante că a analizat ofertele participanților la procedură în raport de cerințele minime de participare necontestate, sancționând neîndeplinirea acestora.

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

Depășind această introducere de subliniere a importanței respectării întru totul a regulilor impuse de autoritate în documentația de atribuire, asupra aspectelor sesizate de reclamantă, Consiliul ia act că rezultatul evaluării tehnice a fost stabilit de autoritate prin procesul-verbal nr. 280/14.05....., ... comunicat competitorilor la 15.05..... Prin notificări prealabile, asocierea și SC ..... SA s-au plâns autorității de nelegalitatea rezultatului, cerând revizuirea acestuia, iar ..... le-a răspuns în sens negativ, că nu urmează să adopte măsuri de remediere a rezultatului achiziției. Primind acest răspuns, cele trei societăți au reacționat prin formularea contestațiilor la Consiliu, la data de ....., în interiorul termenului legal de contestare, având în vedere că ziua de 28.05..... a fost nelucrătoare și dispozițiile art. 5 alin. (2) teza finală din Legea nr. 101/2016: „Dacă ultima zi a unui termen exprimat altfel decât în ore este o zi nelucrătoare, termenul se încheie la expirarea ultimei ore a următoarei zile lucrătoare.”

Motivul respingerii ofertelor este regăsit în procesul-verbal amintit și în comunicarea rezultatului și constă în neofertarea tuburilor având specificațiile din caietul de sarcini, ci alte specificații.

În fișa de date a achiziției, la pct. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, autoritatea a prevăzut:

1. Propunerea tehnica se va elabora astfel încât sa rezulte ca sunt **îndeplinite în totalitate cerintele caietului de sarcini** si sa reflecte îndeplinirea de catre ofertant a **tuturor cerintelor prevazute în caietul de sarcini**. Se va detalia tehnologia de executie propusa corespunzatoare fiecarui deviz (formular C5 intocmit).

[...]

3. Se va prezenta **TABEL DETALII PRODUCATOR** pentru urmatoarele materialele: produse de cariera si balastiera (piatra sparta, refuz ciur concasat, balast, nisip) si **tuburi pentru podete** (conform Notificarii ANAP din 1 iunie 2011). Produsele de balastiera vor proveni numai din surse autorizate în conformitate cu Legea minelor nr. 85/2003.

4. Distantele folosite pentru transportul materialelor vor fi calculate **de la furnizor** pana la drumul forestier (luand in calcul si ½ din lungimea drumului forestier). Distantele prevazute de proiectant in memoriul tehnic, antemasuratori sau formularul C5/F3 sunt orientative. Fiecare ofertant va folosi propriile distante de transport, **in functie de proprii furnizori de materiale**.

La pag. 15 din caietul de sarcini, secțiunea „*Podețe*”, autoritatea a specificat:

1. Podețe tubulare

Podețele tubulare au 3 părți distincte și anume:

- fundația;
- tubul propriu-zis;
- racordarea cu terasamentele.

[...]

1.2. Tubul propriu-zis

1.2.1. Tubul este elementul care asigură scurgerea apelor de suprafață colectate de șanțurile de scurgere de pe versant, sau de pâraie și viroage.

1.2.2. Diametrul tuburilor este ..... din dimensionarea hidraulică. Tuburile utilizate sunt tip PREMO pentru diametrele de 600 mm, 800 mm, 1000 mm, 1200 mm și 1500 mm din beton centrifugat precomprimat.

În urma primirii de întrebări pe marginea documentației de licitație, autoritatea a postat în SEAP clarificarea nr. 11511/CP/ 16.04....., din cuprinsul căreia sunt relevante întrebarea și răspunsul de la pct. 5:

În cadrul caietului de sarcini pus la dispoziție regăsim cerința ca tuburile pentru podețe să fie tip PREMO. Având în vedere faptul că toți producătorii pentru aceste tipuri de tuburi ne-au comunicat că tuburile se fabrică după cum urmează: - tuburi PREMO având diametrele: 600 mm, 800 mm și 1000 mm și lungime nominala de 5 m; - tuburi SENTAB având diametrele: 1200 mm, 1400 mm și 1600 mm și lungime nominala de 6 m; a) Vă rugăm să permiteți înlocuirea tuburilor premo D=1200 mm, D=1500 mm cu tuburi sentab D=1200 mm și D=1600 mm. b) Vă rugăm să transmiteți ce consum specific se va cota în cadrul articolelor de deviz aferente montajului acestor două tipuri de tuburi, ținând cont că în prezent consumul este de 0,2 buc tub pe metru de montaj, coroborat cu lungimea nominală a tubului de 6m.	a) **Nu se acceptă înlocuirea tuburilor tip Premo** D=1200 mm și D=1500 mm **cu tuburi tip Sentab** D=1200 mm și D=1600 mm b) Lucrarea prevăzută la articolul de deviz ACC08F1 se va executa cu tuburi tip **Premo** cu D=1200 mm și **L=5 m** cu consum specific de 0,202 buc tub/m

Clarificarea reprodusă nu a fost contestată, cu toate că orice operator economic avea acest drept, în contextul în care aprecia că nu poate oferta, din diverse cauze dependente sau independente de el, tuburi tip PREMO la dimensiunile fixate în caiet. Mai mult, clarificarea putea fi contestată și din perspectiva interdicției exprese de către autoritate a ofertării de tuburi tip SENTAB, chiar dacă acestea ar fi superioare tehnic celor de tip PREMO.

Pe de altă parte, cerința tipului și dimensiunilor tuburilor se prezumă absolut a le fi fost cunoscută tuturor operatorilor economici încă de la momentul publicării caietului de sarcini în SEAP, respectiv .....

Conform art. 6 alin. (1) lit. a) și alin. (3) din Legea nr. 101/ 2016 (în redactarea corespunzătoare):

(1) Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată **are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere**, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:

[...]

b) **5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal**, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

[...]

(3) În cazul în care notificarea prealabilă privește conținutul documentației de atribuire, publicată în sistemul electronic de achiziții publice, denumit în continuare SEAP, **data luării la cunoștință este data publicării documentației de atribuire**.

În loc să depună la autoritate notificare prealabilă în termenul de 5 zile începând cu aceea următoare luării la cunoștință despre documentația apreciată restrictivă (de la .....), societatea ..... SRL recunoaște că a depus două solicitări de clarificare, cu mult în afara celor 5 zile, prin care a cerut autorității să îi permită înlocuirea tipurilor și dimensiunilor tuburilor, solicitare la care autoritatea a răspuns negativ, neavând obligația legală să achieseze la voința operatorului. Acesta din urmă recunoaște restricțiile prestabilite și insistă cu următoarea întrebare: „Întrucât nu s-a acceptat înlocuirea tuburilor premo D=1200 cu sentab D=1200, respectiv premo D=1500 cu sentab D=1600, iar tuburi premo D=1200 și D=1500 nu există pe piață (materiale certificate), va rugăm să ne transmiteți denumirea furnizorului care poate oferta aceste materiale și care poate oferi și certificate de conformitate.”, la care autoritatea nu îi comunică nicio denumire, pentru a preveni un eventual reproș de favorizare a anumitor furnizori.

Purtarea unei corespondențe cu autoritatea contractantă, prin care contestatoarea cere amendarea documentației licitației, nu are ca efect prelungirea perioadei legale de formulare a notificării sau a contestației împotriva documentației sau decalarea datei de la care începe să curgă aceasta. Altminteri, dacă s-ar admite interpretarea contrară, în sensul că orice solicitare de clarificări privind documentația de atribuire duce la prelungirea termenului de notificare/atac al documentației, s-ar ajunge la eludarea termenului de notificare/contestare impus de legiuitor.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate din documentație încă de la data publicării ei și trebuia să manifeste o minimă diligență pentru a le notifica și ataca în termenul legal, dacă dorea revizuirea documentației. Acest termen ar ajunge să fie golit de orice fel de efect și, în acest fel, deturnat textul legii, dacă sub acoperirea unei adrese de solicitare de clarificări/modificări/ completări, operatorul economic ar putea să conteste ulterior clauze ale documentației.

Consiliul ia act că oferta asocierii formată din SC ..... SRL și SC ... SA pentru toate cele șapte loturi a fost respinsă ca neconformă, motivul respingerii constând în faptul că tuburile nu au

fost de tip PREMO, ci SENTAB, existând și o abatere în ceea ce privește diametrul lor (1.600 mm, în loc de 1.500 mm).

Din parcurgerea celor 38 pagini ale caietului de sarcini, după cum s-a notat mai sus, reiese limpede că autoritatea achizitoare a specificat tuburi de un anumit tip și de anumite dimensiuni, concluzie la care se adaugă aceea a interdicției acceptării tuburilor SENTAB despre care toți operatorii au fost atenționați în SEAP prin clarificarea nr. 11511/CP/16.04..... În pofida obligativității acestor specificații și a interdicției expuse, atât SC ..... SRL, cât și SC ... SA recunosc faptul că nu au ofertat tuburi tip PREMO, ci tip SENTAB, argumentând că acestea din urmă ar fi superioare tehnic („..... al unei foarte profunde analize tehnice").

La pct. IV.4.1) - *Modul de prezentare a propunerii tehnice* din fișa de date a achiziției, autoritatea a subliniat că: „*Propunerea tehnica se va elabora astfel încât sa rezulte ca sunt îndeplinite în totalitate cerintele caietului de sarcini si sa reflecte îndeplinirea de catre ofertant a tuturor cerintelor prevazute în caietul de sarcini*."

Specificația tehnică reprodusă mai sus nu a fost contestată de operatorii economici. Niciunde, autoritatea nu menționează că ea nu este obligatorie ori că ar fi cu titlu orientativ. Mai mult, la 16.04....., autoritatea a postat în SEAP clarificarea invocată chiar de contestatoare, conform căreia: „a) Nu se acceptă înlocuirea tuburilor tip Premo D=1200 mm și D=1500 mm cu tuburi tip Sentab D=1200 mm și D=1600 mm. b) Lucrarea prevăzută la articolul de deviz ACC08F1 se va executa cu tuburi tip Premo cu D=1200 mm și L=5 m cu consum specific de 0,202 buc tub/m."

În concluzie, subiectul a fost clarificat expres de către beneficiarul ... RA, prin ....., în etapa de întocmire a ofertelor, în sensul că tipul de tub va fi PREMO, conform caietului de sarcini, iar nu SENTAB. Drept consecință, orice discuție vizavi de superioritatea tehnică a acestei din urmă tehnologii constructive a tuburilor este lipsită de relevanță în cauză, întrucât autoritatea a declarat expres că ele nu sunt acceptate.

S-a arătat în paginile anterioare, legislația în vigoare dispune că ofertanții au obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire (astfel cum a fost clarificată de autoritate în SEAP). Raportat la propunerile tehnice ale asocierii, detaliate prin răspunsurile acesteia la solicitările autorității nr. 264 și 269/08.05....., în care confirmă sistemul constructiv al tuburilor ofertate (mai mult, în răspunsul SC ... SA nr. 2583/10.05....., asocierea declară că nici diametrul de 1.500 mm nu este respectat), Consiliul stabilește că membrii comisiei de evaluare au respectat atribuțiile legale de a verifica dacă sistemul tubular propus de asociere este sau nu conform în integralitate specificațiilor tehnice date în documentație și clarificările ulterioare

la aceasta. Potrivit alin. (2) al art. 133 din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini. Atribuțiile comisiei de evaluare, enumerate la art. 127 alin. (1) din aceleași norme, o includ și pe aceea de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini.

Prin urmare, cei trei membri ai comisiei evaluatorii aveau sarcina de a determina dacă asocierea a încălcat sau nu atât documentația de atribuire (caietul de sarcini), cât și normele legale precitate, raportat la specificațiile anterior reproduse. Dacă se constatau abateri de la acestea, deveneau aplicabile prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din norme (oferta este considerată neconformă dacă nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini) și cele ale alin. (1) din aceleași norme (comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și ofertele neconforme), iar singura decizie legală era aceea de respingere a ofertei pentru motive de neconformitate. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă asocierii care a prezentat-o, iar nu autorității contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către ofertanți a prescripțiilor documentației, astfel cum a fost completată prin clarificări.

Chiar și în situația în care autoritatea îi cere explicații punctuale despre performanțele tehnice ale tuburilor SENTAB, asocierea nu poate profita de interpelarea transmisă de autoritate pentru a încerca să își transforme propunerea tehnică neconformă în una conformă, comportament sancționat atât de principiul tratamentului egal între ofertanți, prescris de art. 2 alin. (2) lit. b) din lege, cât și de prevederile art. 49 și ale art. 209 din același act normativ („*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. Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.*”), separat de textele evocate din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Actuala legislație pe linie de achiziții publice nu permite înlocuirea, ulterioară datei limită de depunere a ofertelor, a specificațiilor tehnice, întrucât ar lăsa loc arbitrariului, s-ar încălca obligația de menținere a ofertei în forma prezentată autorității și ar

lipsi de substanță principiul tratamentului egal între ofertanți. O asemenea alterare ar afecta conținutul obligatoriu al ofertei, după cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 din norme – „*oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant*”. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire.

Drept urmare, orice eventuală modificare a soluției constructive pentru tuburi, ca element constituent al propunerii tehnice, trebuie să atragă excluderea ca neconformă a ofertei, în baza prevederilor legale evocate mai sus.

Se cuvine a fi subliniat că autoritatea a impus specificații tehnice exacte, pe care orice ofertant trebuia să le îndeplinească, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă. Asocierea nu a ofertat un sistem de tip PREMO, ci alt tip constructiv (declarat de autoritate inacceptabil chiar în etapa anterioară ofertării), abatere care duce la concluzia că oferta diferită este neconformă și trebuie respinsă, nicidecum admisă și, eventual, declarată câștigătoare.

Contrar opiniei contestatoarelor, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică impun o rigoare deosebită atât din partea autorităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte finanțate din fonduri publice. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Vizavi de obligația de conformitate tehnică a ofertelor, în Hotărârea sa din 13 septembrie 2011, cauza T-8/09, Dredging International NV și Ondernemingen Jan de Nul NV, reclamante, împotriva Agenției Europene pentru Siguranța Maritimă, pârâtă, pct. 136, Tribunalul Uniunii Europene a reținut:

68. În această privință, trebuie adăugat că scopul procedurii de atribuire a contractelor este satisfacerea nevoilor autorității contractante în cele mai bune condiții posibile. În consecință, autoritatea contractantă trebuie să poată defini în mod liber obiectul unui contract de achiziții publice în funcție de nevoile sale, ceea ce implică faptul că nu poate fi obligată să ia în considerare o ofertă care se referă la un alt obiect decât cel avut în vedere de autoritatea menționată, astfel cum este stabilit în documentele de invitație la licitație.

69. Tot astfel, de regulă, nerespectarea obiectului contractului face imposibilă compararea efectivă a ofertelor depuse, în măsura în care elimină baza comună de referință.

70. În plus, îndepărtarea autorității contractante de la documentele de invitație la licitație, prin acceptarea unor oferte care nu corespund obiectului contractului, astfel cum este definit în documentele menționate, ar fi ireconciliabilă cu principiile transparenței și egalității de tratament.

71. De altfel, rezultă din jurisprudență că este esențial ca autoritatea contractantă să fie în măsură să se asigure cu precizie cu privire la conținutul ofertei și în special cu privire la conformitatea acesteia cu condițiile prevăzute în documentele de invitație la

licitație. Astfel, atunci când o ofertă este ambiguă, iar autoritatea contractantă nu are posibilitatea de a stabili, în mod rapid și eficient, care este efectiv obiectul respectivei oferte, aceasta nu are altă posibilitate decât să o respingă (Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, Rec., p. II-3781, punctul 34). Aceeași consecință se impune, a fortiori, atunci când, precum în speță, oferta nu corespunde în mod evident obiectului contractului.

72. În aceste condiții, trebuie să se considere că, conformitatea cu obiectul contractului, astfel cum este descris în documentele de invitație la licitație, constituie o condiție prealabilă pe care orice ofertă trebuie să o îndeplinească pentru a putea fi luată în considerare în cadrul procedurii de atribuire a contractului. Nerespectarea acestei condiții trebuie să conducă la eliminarea de către autoritatea contractantă a ofertei în cauză, fără ca aceasta să mai fie comparată cu celelalte oferte depuse.

Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 20 martie 2013, cauza T-415/10, Nexans France, reclamantă, împotriva Întreprinderii comune europene pentru ITER și pentru dezvoltarea energiei de fuziune, pârâtă, în care se amintește de la bun început că, în cazul în care, în cadrul unei proceduri de cerere de ofertă, autoritatea contractantă definește condițiile pe care intenționează să le impună ofertanților, aceasta limitează exercitarea propriei puteri de apreciere și nu poate, în plus, să se abată, față de vreun ofertant, de la condițiile pe care le-a definit astfel fără să încalce principiul egalității de tratament între candidați. Caietul de sarcini trebuie interpretat, așadar, din punctul de vedere al principiului conform căruia actele emise de administrație sunt obligatorii pentru aceasta și al principiului respectării egalității de tratament între candidați, în scopul de a stabili dacă acesta, astfel cum susține reclamanta, era de natură să permită întreprinderii comune acceptarea rezervelor.

Similar, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, în decizia civilă nr. 3274 din 24 septembrie 2012, și Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 408/R din 16 mai 2016, au statuat că, în materia achizițiilor publice, operatorii economici trebuie să manifeste o diligență sporită în privința cerințelor legale și a celor cuprinse în documentația de atribuire, astfel că, în condițiile în care nu au uzat de dreptul de a contesta anumite cerințe precizate în cuprinsul documentației de atribuire, au acceptat să se supună rigorilor acestora.

Procedurile competitive deschise sunt caracterizate de imposibilitatea autorității contractante de a negocia cu ofertanții, ofertele acestora fiind evaluate exclusiv în funcție de conținutul lor scris.

În ceea ce privește o ofertă imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini, prezintă importanță și interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în Hotărârea din 29 martie 2012, cauza C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM AG, Asseco Central Europe a.s.,

TESLA Stropokov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA/Úrad.

Practic, în speță, cele două societăți reclamante care au format asocierea se prevalează de propria culpă, respectiv de neconformitatea ofertei, solicitând acceptarea ei pe considerentul că sistemul constructiv este superior tehnic. Însă, autoritatea a descris exact anumite caracteristici ale tubului pe care îl dorește și **a exclus prin clarificări tipul SENTAB**, fără a lăsa, astfel, libertatea ofertanților să propună alte tipuri, fie ele chiar și superioare tehnic (cum se revendică a fi metoda constructivă SENTAB).

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins ofertele SC ..... SRL și SC ... SA (grupate în asociere), pentru cele șapte loturi, neexistând motive pentru infirmarea acestei măsuri, pentru anularea rapoartelor prin care a fost stabilit rezultatul procedurii și nici pentru obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor respective. Cu atât mai puțin, nu există motive pentru anularea întregii licitații, cum pretind în subsidiar primele reclamante. Astfel fiind, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondate, contestațiile SC ..... SRL nr. 9332, 9333, 9334, 9335 și 9336/....., precum și contestațiile SC ... SA nr. 3048 și 3049/....., în contradictoriu cu ....., prin .....

Aceste considerente își păstrează valabilitatea și în cazul contestației ultime, aparținând SC ..... SA, cu amendamentele de rigoare, date fiind particularitățile ofertei acestei contestatoare.

Ca urmare a observării că SC ... SA (furnizorul declarat în tabel, semnat și ștampilat chiar de reprezentantul aceste societăți), potrivit propriului site Internet, nu ar produce tuburi tip PREMO cu lungimea de 5 metri și diametrele de 1.200 mm și 1.500 mm, cu adresa nr. 265/08.05....., autoritatea investitoare a cerut contestatoarei dovezi că respectivul furnizor declarat are capacitatea de a livra aceste tuburi. În loc să aducă dovezile cerute, SC ..... SA a prezentat autorității o dovadă în sens contrar, reprezentată de adresa ... SA ....., Punct de lucru Călărași, nr. 3967/09.05.....:

Referitor la solicitarea de clarificari venita din partea REGIEI NAȚIONALE A PĂDURILOR - ... - .....

SC ... SA - Punct de lucru Calarasi produce si comercializeaza tuburi produse prin tehnologia PREMO cu lungimea de 5 metri si **diametrul de 600 mm** si tuburi produse prin tehnologia IPREROM (asimilat PREMO) cu **diametrele de 800 si 1000 mm**. PREMO nu este o marca comerciala asimilata unui producător ci este o tehnologie de fabricație, **tehnologie ce asigura calitati deosebite produsului, fata de alte tipuri de tuburi, din aceasta cauza fiind preferate de proiectanti si insusita de autoritatea contractanta**. Tuburile PREMO sunt realizate din betoane diferite (zona mufei din beton centrifugat, iar zona capatului drept din betonul stratului de protectie a armăturii transversale), miezul tubului conține beton clasa C40/50. Menționam ca armarea acestor tipuri de tuburi se face atat longitudinal (cu sarma SBP) cat si trasversal (cu sarma

STNB), aceasta armare fiind pretensionata . Prin urmare **NU poate exista o comparație cu alte tipuri de tuburi armate simplu sau nearmate**.

Tuburile **ofertate SENTAB** (cu diametre mai mari de 1000mm), sunt realizate cu lungimea de 6 metri pentru diametrele de 1200, 1400, 1600 si 2000 mm [...].

Prin această adresă, transmisă autorității de către SC ..... SA, practic, furnizorul declarat în tabel SC ... SA confirmă că nu produce tuburile care o interesau pe autoritate potrivit clarificării (tip PREMO/1.200 mm și 1.500 mm) și lasă să se înțeleagă că ar fi fost ofertate tuburi tip SENTAB. Din examinarea acestui mijloc de probă, coroborat cu însăși declarația ofertantei din răspunsul nr. 2/160/10.05.....:

In urma cercetărilor de piața intreprinse de noi, nu exista in Romania un producător care sa execute in mod curent tuburi de diametru 1500, pentru justificarea acestui fapt atașam răspuns din partea unui important producător de tuburi SC ... SA .....

Urmare a solicitării dumneavoastra va răspundem ca **am primit oferta de pret telefonic din partea firmei SC ... SRL privind furnizarea tuburilor de diametru 1500**, dar aceștia neavand posibilitatea de a transmite oferta scrisa inainte de ora depunerii ofertelor noastre financiare, **am considerat ca nu il putem declara furnizor**.

La prezenta solicitare dumneavoastra atașam oferta acestuia si declarația de conformitate.

în mod judicios autoritatea a dedus că oferta Companiei de Construcții Feroviare SA este ambiguă, reieșind că nu s-au ofertat tuburi tip PREMO/1.200 mm și 1.500 mm de la SC ... SA, pe de o parte, iar pe de altă parte, că a fost înlocuit furnizorul din tabel, cu Pavexpert International SRL.

Obligația de a prezenta în propunerea tehnică anumite detalii despre producătorii de piatră spartă, refuz de ciur concasat, balast, nisip și tuburi pentru podețe nu contravine legislației în vigoare și nici nu împiedică operatorii economici să participe cu oferte la procedură.

Operator economic, în sensul Legii nr. 98/2016, este persoana fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii, inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități. Este dreptul oricărei autorități publice finanțatoare de a cere celor care doresc să intre în relații contractuale cu ele informații din care să reiasă caracterul licit al operațiunilor efectuate, inclusiv al comercializării materialelor de construcții. O premisă în acest sens este indicarea măcar a unor detalii minimale despre producătorii implicați indirect în executarea investiției. Acestora li se va putea recunoaște statutul de furnizor – „*entitatea care pune la dispoziția unui contractant produse, inclusiv servicii de instalare sau amplasare a acestora, dacă este cazul, ori care prestează servicii către acesta, care nu are calitatea de subcontractant*”, cu incidența următoarelor dispoziții ale Legii nr. 98/2016:

Art. 219. - (1) Autoritatea contractantă solicită contractantului, cel mai târziu la momentul începerii executării contractului, să îi indice numele, datele de contact și reprezentanții legali ai subcontractanților săi implicați în executarea contractului de achiziție publică, în măsura în care aceste informații sunt cunoscute la momentul respectiv.

(2) Contractantul are obligația de a notifica autorității contractante orice modificări ale informațiilor prevăzute la alin. (1) pe durata contractului de achiziție publică.

(3) Contractantul are dreptul de a implica noi subcontractanți, pe durata executării contractului de achiziție publică, cu condiția ca nominalizarea acestora să nu reprezinte o modificare substanțială a contractului de achiziție publică, în condițiile art. 221.

(4) În situația prevăzută la alin. (3), contractantul va transmite autorității contractante informațiile prevăzute la alin. (1) și va obține acordul autorității contractante privind eventualii noi subcontractanți implicați ulterior în executarea contractului.

(5) Atunci când înlocuirea sau introducerea unor noi subcontractanți are loc după atribuirea contractului, aceștia transmit certificatele și alte documente necesare pentru verificarea inexistenței unor situații de excludere și a resurselor/capabilităților corespunzătoare părții lor de implicare în contractul care urmează să fie îndeplinit.

Art. 220. - În scopul unei informări complete, autoritatea contractantă are dreptul de a extinde aplicarea obligațiilor prevăzute la art. 219:

a) cu privire la furnizorii implicați în contracte de achiziții publice de lucrări sau de servicii;

b) cu privire la subcontractanții subcontractanților contractantului sau subcontractanții aflați pe niveluri subsecvente ale lanțului de subcontractare.

Se presupune că ofertanții, inclusiv ..... SA, își cunosc sursele de aprovizionare cu materiale de construcții și pot prezenta un minim de informații despre acestea (denumire producător, țara de reședință, piața de desfacere, sistemul de calitate, autorizări). Dacă producătorii/furnizorii refuză să le indice unele date cerute se poate menționa acest aspect în tabelul cu detalii, ceea ce nu afectează dreptul antreprenorilor de a participa la licitație, întrucât nu există o culpă a acestora. În etapa de evaluare a ofertelor, ... poate cere ea însăși producătorilor nominalizați detaliile de care are nevoie. De asemenea, dacă sunt mai mulți producători, în funcție de tipurile de materiale necesare, ofertantului îi revine obligația de a prezenta un tabel cu detalii pentru fiecare dintre acești producători, cu indicarea produsului livrat.

În tabelul care îl privește pe ... SA, acesta indică denumirea produsului: „Tuburi de presiune din beton pecomprimat tip PREMO, IPREROM, SENTAB”, deși ... a exclus expres acceptarea de tuburi SENTAB.

„În anumite cazuri mai deosebite - lucrări de investiții-construcții importante, utilizare de produse noi sau procese și procedee de execuție speciale - beneficiarii investitori pot solicita, prin contract, elaborarea și aplicarea de către furnizorii de produse sau de către constructorii executanți de lucrări a unor planuri ale calității, pentru acele cazuri. Planurile calității se stabilesc în concordanță cu programele de asigurare a calității ale beneficiarilor și în corelare cu manualele și cu procedurile privind calitatea ale

furnizorilor sau ale executanților respectivi." (extras din anexa nr. 2 *„Regulament privind conducerea și asigurarea calității în construcții"* la Hotărârea Guvernului nr. 766/1997 pentru aprobarea unor regulamente privind calitatea în construcții). Deși reabilitarea drumurilor forestiere nu constituie o lucrare de investiții-construcții importante, raționamentul solicitării de informații despre producătorii materialelor de construcții rămâne valid.

Din situația faptică expusă se observă că ofertanta și-a modificat oferta, aducând în timpul evaluării alt furnizor pentru tuburile tip PREMO, respectiv pe SC … SRL, de la care a depus oferta nr. PAV01822/10/05/..... (valabilă doar 30 de zile) pentru tuburile care o interesau pe autoritate - tip PREMO/1.200 mm și 1.500 mm, modificare nepermisă a propunerii tehnice.

Esențial de reținut este că, la momentul ofertării (03.05.....), SC Pavexpert International SRL nu avea calitatea de furnizor al ofertantei, circumstanțe în care Consiliul determină că oferta a fost esențial modificată, situație care nu este permisă de lege în etapa de evaluare nici măcar cu acordul autorității contractante. În plus, trebuie subliniat că ... nu i-a cerut ofertantei să își schimbe furnizorul, după cum nici SC ..... SA, în răspunsul său nr. 2/160/10.05..... nu i-a solicitat ... să aprobe schimbarea furnizorului inițial. Totodată, se observă că ofertantul nu a invocat în răspunsul său niciun text normativ dintre cele de care se prevalează în replica la punctul de vedere nr. 646/ 11.06..... în direcția că l-ar îndritui să schimbe furnizorul consemnat în tabel. Tot astfel, ofertantul nu s-a prevalat nici de o eventuală abatere tehnică minoră, astfel încât să îi poată reproșa ulterior autorității că nu a considerat astfel înlocuirea furnizorului.

Separat de aceste constatări, însă deopotrivă de important este și aspectul că, din construcția răspunsului amintit rezultă o anumită conduită intenționată a ofertantului, care cunoștea încă de la elaborarea ofertei, în urma cercetărilor de piață întreprinse, că „nu există în România un producător care să execute în mod curent tuburi de diametrul 1.500", iar pe SC … SRL nu l-a declarat furnizor, întrucât nu a primit de la acesta o ofertă scrisă. Contestatoarea nu putea oferta tuburile cerute de autoritate de la un furnizor față de care cunoștea că nu le produce (SC ... SA). Pe de altă parte, nimic nu a oprit SC ..... SA să îi ceară autorității să prelungească termenul de depunere a ofertelor cu câteva zile, pentru a putea intra în posesia unei oferte scrise de la noul furnizor.

Relativ la dispozițiile art. 174 din Legea nr. 98/2016:

Art. 174. - (1) Autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertantului/ candidatului să transmită informații și documente relevante referitoare la **capacitatea tehnică și profesională a subcontractanților propuși**, cu privire la partea/părțile din contract pe care aceștia urmează să o/le îndeplinească efectiv.

(2) În cazul în care din informațiile și documentele prezentate potrivit alin. (1) nu rezultă că **subcontractantul propus are capacitatea tehnică și profesională**

necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv, autoritatea contractantă respinge subcontractantul propus și solicită ofertantului/candidatului o singură dată înlocuirea acestuia și prezentarea unui alt subcontractant care să aibă capacitatea tehnică și profesională necesară pentru partea/părțile din contract pe care acesta urmează să o/le îndeplinească efectiv.

ele nu sunt incidente nici prin asimilare, întrucât au ca sferă de reglementare îndeplinirea de către subcontractanți a criteriilor de calificare privind capacitatea tehnică și profesională, nicidecum capacitatea furnizorilor de a produce materialele (aspect ce ține ce îndeplinirea specificațiilor caietului de sarcini, iar nu a cerințelor de calificare din fișa de date a achiziției).

Nici art. 219 și 220 din aceeași lege nu sunt relevante, întrucât premisa o constituie existența unui contract semnat, *quod non*.

Procedeele tehnice, furnizorii materialelor și documentele de conformitate ale produselor reprezintă elemente importante ale propunerii tehnice a ofertantului și nu se pot schimba pe parcurs, întrucât ar altera conținutul obligatoriu al ofertei, astfel cum se statuează clar și fără excepții la art. 124 alin. (1) din normele metodologice ale legii achizițiilor publice – *„Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant*.” Caracterul obligatoriu al ofertei este valabil atât pentru ofertantă, cât și pentru autoritatea contractantă. Cu alte cuvinte, o ofertă rămâne valabilă astfel cum a fost depusă de ofertant pe durata prescrisă în documentația de atribuire, cu excepțiile statuate de lege, a căror incidență nu a fost dovedită în speță.

Conform art. 134 alin. (6) din normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare conținutul propunerii tehnice sau al propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.

Așadar, se poate stabili că societatea, astfel cum a detaliat ... în răspunsul nr. 12055/CP/23.05..... la notificarea prealabilă nr. 563/18.05..... și-a modificat oferta în ceea ce privește propunerea sa tehnică, în pofida interdicției exprese de la art. 124 alin. (1) citit împreună cu art. 134 alin. (6). Modificarea în discuție trebuie să atragă, fără excepție, respingerea ca neconformă a ofertei, în baza prevederilor legale evocate mai sus. Nu se poate veni ulterior datei ofertării cu un alt furnizor al materialelor de construcție, întrucât se aduce o gravă atingere principiului tratamentului egal între ofertanți. Întocmirea deficitară a ofertei este imputabilă societății care a prezentat-o, mai cu seamă că recunoaște o discuție telefonică anterioară ofertării cu SC … SRL, dar „a considerat că nu îl poate declara furnizor”, iar nu autorității

contractante, a cărei obligație era de a controla respectarea întocmai de către participanți a prescripțiilor documentației.

Contrar opiniei societății ofertante, particularitățile procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale impun o rigoare deosebită atât din partea entităților contractante, cât și, mai ales, din partea celor care doresc să obțină aceste contracte. În aceste condiții, orice operator economic interesat să participe la o astfel de procedură trebuie să manifeste o diligență sporită, încât să nu existe suspiciuni sau neclarități cu privire la oferta sa și, astfel, să prevină orice risc de respingere a ei.

Prin manopera sa, SC ..... SA încearcă să își creeze un avantaj în fața concurenților săi și să se abată de la conținutul obligatoriu al ofertei. Dacă autoritatea ar fi permis alterarea conținutului ofertei prin introducerea unui nou furnizor ulterior depunerii ofertei ar fi însemnat avantajarea societății față de ceilalți ofertanți, mai cu seamă că au fost și alții excluși din competiție pentru motivul că nu au ofertat tuburi tip PREMO de dimensiunile date. Eventuala admitere acum a noului furnizor conduce în mod clar la distorsionarea concurenței între operatorii economici ofertanți, întrucât societatea ar ajunge să fie conformă pe baza unor documente produse sau relevate ulterior datei-limită de prezentare a ofertei.

Consiliul achiesează la concluzia la care a ajuns autoritatea contractantă, respectiv de respingere a ofertei ca neconformă din cauzele expuse. Cu titlu de referințe exemplificative, în sensul neconformității ofertei în ipoteza schimbării furnizorilor, sunt mai multe hotărâri judecătorești în materia achizițiilor publice (disponibile și pe http://www.rolii.ro):

– deciziile civile nr. 5369 din 23 iunie 2014, nr. 4478 din 30 septembrie 2016 (prin indicarea în răspunsul de clarificare a unui furnizor care nu era menționat în propunerea tehnică, ofertanta a procedat la o completare nepermisă a respectivei propuneri, sancționată cu respingerea ofertei), nr. 4644 din 10 octombrie 2016 (În condițiile în care prin fișa de date s-a solicitat indicarea furnizorilor principalelor materiale, orice justificare ulterioară a prețului ofertat prin indicarea altor furnizori nu poate fi luată în considerare, căci echivalează cu o modificare nepermisă a propunerii tehnice. Întrucât justificările de preț furnizate de petentă prin raportare la un nou furnizor constituie o modificare a propunerii tehnice și nu pot fi luate în considerare, toate argumentele privind caracterul sustenabil și real al ofertei furnizorului și demersurile care ar fi trebuit făcute pentru verificarea acestor aspecte sunt lipsite de relevanță.) și nr. 4907 din 20 octombrie 2016, Curtea de Apel ....., Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal;

– decizia nr. 4574/CA/2013-R din 6 decembrie 2013, Curtea de Apel Oradea, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal;

– decizia civilă nr. 4254 din 15 mai 2014, Curtea de Apel Timișoara, Secția contencios administrativ și fiscal.

În considerarea celor evocate, Consiliul determină că în mod legal autoritatea a respins și oferta SC ..... SA, 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 ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., prin .....

Art. 1 alin. (4) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 statuează că autoritatea contractantă este responsabilă pentru modul de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru, cu respectarea tuturor dispozițiilor legale aplicabile, deci și a regulilor de elaborare a proceselor-verbale și a rapoartelor comisiei de evaluare, inclusiv în ceea ce privește concluziile verificărilor de ordin tehnic.

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

Respinge, ca nefondate, contestațiile SC ..... SRL nr. 9332, 9333, 9334, 9335 și 9336/....., SC ... SA nr. 3048 și 3049/....., și SC ..... SA nr. ...../....., în contradictoriu cu ....., prin .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere de către părțile cauzei, în termen de zece zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
.....	**.....**	**.....**

Redactată în șase exemplare, conține douăzeci și cinci de pagini.