



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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 242/21.03.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 9881/22.03.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., atribut fiscal RO, împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 330/07.03.2017 – comunicare privind rezultatul fazei de evaluare propunere financiară, transmisă online la data de 09.03.2017, precum și a răspunsului nr. 410/15.03.2017 la notificarea prealabilă, acte emise de ..., cu sediul în ..., având CIF ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificată într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „*EXECUȚIE LUCRĂRI pentru obiectivul MODERNIZARE ...*”, cod CPV 45233140-2 – Lucrări de drumuri (Rev. 2), s-a solicitat anularea actului nr. 330/07.03.2017 – comunicare privind rezultatul fazei de evaluare propunere financiară, transmisă online la data de 09.03.2017, precum și a răspunsului nr. 410/15.03.2017 la notificarea prealabilă, declararea conformă a ofertei contestatorului și calificarea în vederea analizei finale a ofertei financiare, obligarea autorității contractante la emiterea unei noi solicitări de clarificări, în care să menționeze clar valoarea ofertei calculată fără procentul de diverse și neprevăzute, în cazul în care aceasta dorește o analiză fără această valoare, precum și stabilirea ofertei câștigătoare dintre ofertele admisibile prin aplicarea criteriului de atribuire prevăzut în documentație.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul ... reclamă rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr. 330/07.03.2017, solicitând cele precizate în preambulul prezentei decizii.

Contestatorul precizează următoarele:

În fapt, autoritatea contractantă a emis Comunicarea rezultatului procedurii nr. 330/07.03.2017 referitor la procedura de achiziție publică în cauză, prin care a respins oferta societății, considerând-o neconformă în baza art. 135 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016, deoarece nu a transmis răspunsul solicitat fără valoarea procentului de diverse și neprevăzute.

Împotriva Comunicării nr. 330/07.03.2017, ... a formulat notificare prelabilă, aceasta fiind trimisă în termen atât online în SEAP cât și prin poștă la data de 14.03.2017, prin care a solicitat autorității contractante să revină asupra acestei comunicări, să declare oferta sa conformă și să continue procedura de achiziție în sensul continuării evaluării ofertei societății.

Prin adresa nr. 410/15.03.2017, autoritatea contractantă a răspuns că nu va reveni asupra comunicării nr. 330/07.03.2017 și că nu va adopta nicio măsură de remediere cu privire la procedura de atribuire în cauză, motivând că precizările societății ar fi „netemeinice și nefondate”.

Contestatorul precizează că, având în vedere solicitările Fișei de date Cap. II.2.1) cât și Răspunsul la Clarificări nr. 1454/18.11.2016, autoritatea contractantă a solicitat ca în prețul total ofertat să fie inclusă și valoarea aferentă capitolului 5.3 *Cheltuieli Diverse și neprevăzute* în procent de 10% din 1.2+1.3+4.1. Astfel, nu se poate solicita prezentarea unui formular – cel de ofertă, în contradicție cu cerințele fișei de date și a răspunsurilor la clarificări.

Contestatorul consideră că, dacă se dorea evaluarea tuturor ofertelor în aceeași formulă, existau două posibilități: fie se respectau cerințele fișei de date și se comparau toate ofertele având în vedere că acestea trebuie să conțină și cheltuielile diverse și neprevăzute, fie autoritatea contractantă extrăgea din Formularul F1 (care este obligatoriu de depus în cadrul propunerii financiare de către fiecare ofertant, și în care se evidențiază valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute - cap. 5.3, separat față de valoarea efectivă a lucrărilor) valoarea lucrărilor fără diverse și neprevăzute și compara toate ofertele conform acelor valori.

În cadrul propunerii financiare (Formularul F1) se regăsesc ambele valori, și anume valoarea lucrărilor fără diverse și neprevăzute și, la final, valoarea lucrărilor inclusiv aceste cheltuieli.

Având în vedere că în cadrul răspunsului contestatorului nr. 142/16.02.2017 (la solicitările de clarificări nr. 222/13.02.2017) există formularul de ofertă „retransmis” (la pagina 7) cu corectarea datei până la care oferta trebuie să fie valabilă, oferta nu poate fi eliminată ca neconformă (așa cum menționează art. 135 alin. (2) din H.G. nr.

395/2016), deoarece contestatorul a îndreptat viciul de formă legat de data de valabilitate, singurul viciu de formă existent, iar modificarea formularului de ofertă fără diverse și neprevăzute nu poate fi considerată o eroare din partea societății, care trebuie îndreptată deoarece respectă documentația de atribuire.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 154 din Legea nr. 98/2016, prin faptul că își încalcă propria documentație de atribuire prin care a solicitat și stabilit o anumită abordare de ofertare. Totodată, prin solicitarea de modificare a formularului de ofertă se încalcă și prevederile art. 156 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 prin faptul că nu mai este respectat tratamentul egal al tuturor ofertanților.

Abordarea autorității contractante este eronată și la modul de încadrare. Fiind vorba de o valoare, pe care autoritatea contractantă dorește să o modifice, nu poate fi vorba de un viciu de formă, deoarece în H.G. nr. 395/2016, la art. 135 alin. (3) se definesc viciile de formă.

De fapt, este vorba despre o eroare aritmetică așa cum este definită în H.G. nr. 395/2016 la art. 134 alin (8).

Contestatorul consideră că eliminarea ofertei sale a fost realizată eronat pe baza art. 135 alin (2) din H.G. nr. 395/2016, când, de fapt, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice solicitările conform art. 134 din H.G. nr. 395/2016, nefiind vorba de un viciu de formă, ci în cel mai rău caz de o eroare aritmetică.

Totodată, prin declararea ofertei societății ca neconformă se încalcă art. 160 alin. (1), deoarece ar fi lipsite de interes solicitările de clarificări pe care operatorii economici le pot adresa, atâta timp cât autoritatea contractantă răspunde într-un fel și analizează diferit.

Totodată, luând în considerare art. 156 alin. (4) și alin. (6) și având în vedere că informațiile solicitate, de prezentare a valorii lucrărilor fără valoarea de diverse și neprevăzute, este regăsită în cadrul formularului F1 din cadrul propunerii financiare, oferta contestatorului nu poate fi eliminată ca neconformă.

În data de 13.02.2017, autoritatea contractantă a postat online cererea de clarificări nr. 222/13.02.2017, prin care solicită răspunsul în două puncte legate de propunerea financiară, unul în care se solicită retransmiterea formularului de ofertă cu anumite corectări (explicitate mai sus) și al doilea punct legat de justificarea prețurilor care formează întreaga ofertă financiară. La această solicitare, societatea a răspuns cu adresa nr. 142/16.02.2017, o adresă formată din 40 pagini în care a explicat fiecare aspect solicitat de către autoritatea contractantă.

Contestatorul precizează că, dacă nu ar fi dorit să continue în cadrul procedurii, nu ar mai fi răspuns nici la punctul doi din cererea de clarificări, punct care era foarte complex, având în vedere că au fost prezentate explicații clare legate de toate punctele ofertei financiare. Totodată, de-a lungul procedurii au existat solicitări de prelungire a valabilității scrisorii de garanție și a ofertei, la care societatea a depus răspunsuri prin care a

demonstrat că își dorește continuarea procedurii (la toate). Astfel, având în vedere că a „retransmis” formularul de ofertă, iar autoritatea contractantă nu a fost întru-totul satisfăcută de răspuns, conform art. 209 alin. (1) avea dreptul să mai solicite un nou set de clarificări, având în vedere că răspunsul era în cel mai rău caz incomplet și nu lipsea cu desăvârșire, pentru a se putea aplica prevederile art. 135 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016.

Având în vedere că autoritatea contractantă a ales criteriul de atribuire „Prețul cel mai scăzut”, conform fișei de date – Cap. IV.2.1, contestatorul considerăm că este în avantajul autorității contractante ca la procedură să participe în faza finală a analizei prețurilor, cât mai mulți ofertanți, având astfel posibilitatea de a obține cel mai bun preț.

Referitor la adresa nr. 410/15.03.2017, transmisă de autoritatea contractantă, contestatorul precizează că aceasta a stabilit prin Fișa de date – Cap. II.2.1), următoarele:

„II.2.1) Cantitatea totală sau domeniul

Investiția „MODERNIZARE ...”, presupune execuția lucrărilor pentru obiectul de investiții, conform documentației tehnice întocmite de către proiectant, parte din documentația de atribuire. Valoarea estimată a fost calculată conform devizului general al proiectului întocmit de către proiectant, după cum urmează:

A. Valoare de CM supusă ofertării în sumă de 1.888.400,00 lei fără TVA:

- Cap. 1.2 — Amenajarea terenului: 19.345,00 lei;*
- Cap. 1.3 - Amenajări pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială: 20.252,00 lei;*
- Cap. 4.1 Construcții și instalații: 1.802.745,00 lei;*
- Cap. 5.1.1 Lucrări de construcții pentru organizare de șantier: 27.635,00 lei;*
- Cap. 5.1.2 Cheltuieli conexe organizării de șantier: 18.423,00 lei;*

B. Valoarea diverselor și neprevăzutele în sumă de 184.234,30 lei (fără TVA):

- Cap. 5.3 Cheltuieli diverse și neprevăzute: 184.234,30 lei (fără TVA) în procent de 10% din cap. 1.2+1.3+4.1.*

Valoarea estimată fără TVA: 1,888,400.00 RON”.

Ca răspuns la întrebarea, dacă trebuie să se încadreze separat la fiecare linie din cap 1.2, 1.3, 4.1, 5.1.1. și 5.3, printr-o clarificare ulterioară, autoritatea contractantă a stabilit că „Ofertanții vor întocmi propunerile financiare respectând încadrarea în valoarea totală estimată”. Dacă ar fi dorit să nu se țină cont de Cap. 5.3, autoritatea contractantă ar fi trebuit să menționeze că nu se ține cont de cap. 5.3.

Contestatorul precizează că nu este de atribuția sa să verifice calculul aritmetic pe care autoritatea contractantă îl face în cadrul propriilor documente, în speță Fișa de Date, atât timp cât există confirmări clare la ceea ce trebuie ofertat.

Contestatorul concluzionează că autoritatea contractantă trebuia să aplice prevederile art 134. alin (10) din H.G. nr. 935/2016 și să solicite tuturor ofertanților acceptul modificării erorilor aritmetice legate de valoarea lucrărilor diverse și neprevăzute, pentru o analiză corectă și egală pentru toți ofertanții, având în vedere că, cel puțin în ceea ce privește societatea contestatoare, nu se aduc informații noi, acestea regăsindu-se în întregime în cadrul propunerii financiare care există la dosar.

Prin adresa nr. 227/17.03.2017, contestatorul a solicitat autorității contractante acceptul de analiză a dosarului achiziției pentru a fundamenta și cu alte probe cele expuse mai sus, dar prin adresa nr. 439/17.03.2017 nu i s-a permis accesul la aceste documente. Contestatorul solicită analizarea faptului dacă și alte societăți au fost în aceeași situație și, totodată, dacă autoritatea contractantă a procedat corect, prin faptul că nu i-a permis accesul la actele care fac parte din dosarul achiziției.

Contestatorul consideră decizia de a declara oferta sa neconformă fiind o eroare a autorității contractante.

Urmare celor antemenționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept, contestatorul invocă prevederile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 99/2016, Legii nr. 100/2016, Legii nr. 101/2016, precum și ale H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 579/03.04.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 12176/05.04.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, punct de vedere prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea deciziilor și a tuturor actelor întocmite de către autoritatea contractantă pentru următoarele motive:

În urma deschiderii ofertelor, comisia de evaluare a trecut la analizarea Documentului Unic de Achiziție European (DUAE) depus în SEAP de fiecare ofertant, conform Procesului verbal intermediar nr. 1 (1635/16.12.2016). Ulterior, au fost verificate Propunerile tehnice depuse în SEAP de fiecare ofertant declarat admis la faza de analizare a DUAE, faza de analizare a propunerilor tehnice fiind analizată prin Procesul verbal intermediar de evaluare nr. 2 (88/18.01.2017) și Procesul verbal intermediar de evaluare nr. 3 (128/27.01.2017).

Urmare fazei de verificare a Propunerilor tehnice, comisia de evaluare a trecut la evaluarea Propunerilor financiare pentru procedura mai sus amintită, faza de analizare a propunerilor financiare fiind analizată prin Procesul verbal intermediar de evaluare nr. 4 (201/08.02.2017) și Procesul verbal intermediar de evaluare nr. 5 (267/27.02.2017).

Oferta operatorului economic ... a fost considerată neconformă, conform art. 137 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 și totodată respinsă conform art. 137 alin. (1) din același act normativ.

Motivele care au stat la baza deciziei sunt următoarele:

Prin adresa nr. 222/13.02.2017 transmisă către operatorul economic ... prin intermediul SEAP, au fost solicitate clarificări privind propunerea financiară depusă în cadrul procedurii, printre care

„Retransmiterea Formularului de ofertă, înscriind valoarea totală a lucrărilor, calculată fără a adăuga și cheltuielile diverse și neprevăzute. De asemenea, s-a solicitat corectarea datei până la care va menține valabilă oferta, deoarece aceasta nu reprezintă data împlinirii celor 90 zile declarate, calculate de la termenul limită de depunere a ofertei.

În acest sens, ofertantul a depus prin intermediul SEAP, în termen, Formularul de ofertă în care a corectat data până la care își menține valabilă oferta, dar fără a înscrie valoarea totală a lucrărilor calculată fără a adăuga cheltuielile diverse și neprevăzute.

În data de 07.03.2017 au fost transmise ofertanților și încărcate în SEAP, comunicările privind rezultatul fazei de verificare a Propunerilor financiare pentru procedura mai sus amintită.

Totodată, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 349, transmisă prin intermediul SEAP, a solicitat tuturor operatorilor economici prelungirea perioadei de valabilitate a ofertelor, precum și a garanției de participare cu încă 90 zile, cu termen de răspuns 13.03.2017. Răspunsurile la solicitările de clarificări au fost analizate în Procesul verbal intermediar nr. 6 (423/16.03.2017).

Ulterior transmiterii comunicărilor privind analiza propunerilor financiare, ... a transmis Notificarea prealabilă nr. 210/13.03.2017, înregistrată la sediul În data de 16.03.2017, autoritatea contractantă a răspuns Notificării prelabile, prin adresa nr. 410/15.03.2017, comunicând contestatoarei că își menține fermă decizia comunicată prin adresa nr. 330/07.03.2017, prin care a declarat respinsă, ca neconformă, oferta depusă de ..., nefiind necesar să adopte nicio măsură de remediere cu privire la cele solicitate.

De asemenea, ofertantul a transmis contestația nr. 242/21.03.2017, transmisă către CNSC, prin care solicită anularea comunicării privind rezultatul fazei de evaluare a propunerii financiare nr. 330/07.03.2017 și a răspunsului nr. 410/15.03.2017 la Notificarea prealabilă.

În ceea ce privește contestația formulată de către ..., autoritatea contractantă precizează următoarele:

Referitor la afirmațiile contestatoarei potrivit cărora „Având în vedere solicitările Fișei de date Cap. 11.2.1) cât și răspunsul la Clarificări nr. 1454/18.11.2016 putem observa că, Dumneavoastră, Autoritatea Contractantă ați solicitat ca în prețul total ofertat să fie inclusă și valoarea aferentă capitolului 5.3 Cheltuieli Diverse și Neprevăzute în procent de 10% din 1.2+1.3+1.4. Astfel nu se poate solicita să prezentăm un formular, și nu orice formular, chiar formularul de ofertă, în contradicție cu cerințele fișei de date și a răspunsurilor la clarificări (...)", autoritatea contractantă face următoarele precizări:

Potrivit Fișei de date Cap. 11.2.1) Valoarea estimată a fost calculată conform devizului general al proiectului întocmit de către proiectant, după cum urmează:

A. Valoare de CM supusă ofertării în sumă de 1.888.400,00 lei fără TVA:
- Cap. 1.2 - Amenajarea terenului: 19.345,00 lei;

- Cap. 1.3 - Amenajări pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială: 20.252,00 lei;
- Cap. 4.1 Construcții și instalații: 1.802.745,00 lei;
- Cap. 5.1.1 Lucrări de construcții pentru organizare de șantier: 27.635,00 lei;
- Cap. 5.1.2 Cheltuieli conexe organizării de șantier: 18.423,00 lei;
- B. Valoarea diverselor și neprevăzutele în sumă de 184.234,30 lei (fără TVA);
- Cap. 5.3 Cheltuieli diverse și neprevăzute: 184.234,30 lei (fără TVA) în procent de 10% din cap 1.2+1.3+4.1.

Prin însumarea sumelor aferente Cap. 1.2 + 1.3 + 4.1 + 5.1.1 + 5.1.2, evidențiate la punctul A, se poate observa faptul că valoarea estimată, respectiv 1.888.400 lei, supusă ofertării, nu cuprinde și cheltuielile diverse și neprevăzute, evidențiate la punctul B.

Cheltuielile diverse și neprevăzute, evidențiate la punctul B, reprezintă cheltuieli incluse în structura devizului general al obiectului lucrării, dar fără să fie cuprinse în valoarea estimată/ofertată, iar utilizarea sumelor aferente acestor cheltuieli se realizează, în funcție de necesități, prin încheierea unui act adițional la contractul inițial. În acest context, actul adițional va reprezenta expresia aplicării mecanice a clauzelor/unei modificări nesubstanțiale, în conformitate cu dispozițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016.

În concluzie, contrar celor afirmate de contestatoare, autoritatea contractantă nu a solicitat ca în prețul total ofertat să fie inclusă și valoarea aferentă capitolului 5.3 Cheltuieli Diverse și Neprevăzute.

Totodată, contrar afirmației potrivit căreia „(...) deoarece ar fi lipsite de interes solicitările de clarificări pe care operatorii economici le pot adresa, atata timp cât Autoritatea Contractantă răspunde într-un fel și analizează diferit. A se vedea răspunsul la clarificări nr. 1454/18.11.16 întrebarea 2”, se poate observa faptul că autoritatea contractantă a răspuns corect prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 1454/18.11.2016, respectiv: „Ofertanții vor întocmi propunerile financiare respectând încadrarea în valoarea totală estimată”. Valoarea estimată fără TVA: 1,888,400.00 RON.

Autoritatea contractantă consideră că, pe întreaga perioadă a procedurii, a respectat principiile prevăzute la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 cu modificările și completările ulterioare, precum și cele menționate la art. 2 alin. (1) din același act normativ, respectiv promovarea concurenței între operatorii economici, garantarea tratamentului egal și nediscriminarea operatorilor economici, asigurarea transparenței și integrității procesului de achiziție publică.

Astfel, comisia de evaluare, urmare analizării propunerii financiare depusă de contestatoare, a înțeles a fi incidente și prevederile art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, viciile de formă putând fi corectate de către ofertant la solicitarea autorității contractante, conform art. 135 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

În acest sens, prin adresa nr. 222/13.02.2017 transmisă către ... prin intermediul SEAP, au fost solicitate clarificări privind propunerea financiară depusă, printre care:

„Retransmiterea Formularului de ofertă, înscriind în acesta valoarea totală a lucrărilor calculată FĂRĂ a adăuga și cheltuielile diverse și neprevăzute.

Deasemenea vă rugăm să corectați data până la care vă mențineți valabilă oferta, respectiv 13.02.2017, deoarece aceasta nu reprezintă data împlinirii celor 90 zile declarate, calculate de la termenul limită de depunere a ofertei”.

Ofertantul a depus, prin intermediul SEAP, în termen, Formularul de ofertă în care a corectat data până la care își menține valabilă oferta, dar fără a înscrie valoarea totală a lucrărilor calculată fără a adăuga cheltuielile diverse și neprevăzute.

Contrar opiniei contestatoarei, comisia de evaluare, respectând prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, nu avea dreptul să mai solicite clarificări fără să fie încălcat principiul tratamentului egal, deoarece prin această solicitare s-ar fi creat un dezavantaj evident în defavoarea celorlalți ofertanți care au respectat cerințele/condițiile financiare indicate în documentația de atribuire.

Luând în considerare aspectele mai sus enunțate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca nefondată.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului având ca obiect *„EXECUȚIE LUCRĂRI pentru obiectivul MODERNIZARE ...”*, sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr.

Din informațiile anunțului de participare simplificat s-a reținut că valoarea estimată a contractului, fără TVA, este de 2.007.875 lei, iar criteriul de atribuire stabilit este „prețul cel mai scăzut”.

Analizând criticile formulate de ..., Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de pretinsa nelegalitate a modului de evaluare a ofertei depuse de societatea contestatoare.

Potrivit actului nr. 330/07.03.2017, respectiv adresa de comunicare a rezultatului fazei de evaluare a propunerii financiare, motivele invocate de autoritatea contractantă care au stat la baza deciziei de respingere a ofertei depusă de către ... au fost următoarele:

„Prin prezenta, având în vedere prevederile art. 214, alin. 2) din Legea 98/2016 și a art. 65, alin. 3) din H.G. 395/2016, vă comunicăm că oferta depusă de Dvs. a fost considerată NECONFORMĂ conform art. 135 alin. 2, din H.G. 395/2016 și totodată RESPINSĂ conform art. 137, alin. 1 din același act normativ.

Comisia de evaluare a considerat oferta depusă de Dvs. NECONFORMĂ conform art. 135 alin. 2 din H.G. 395/2016, din următoarele motive:

1. Prin adresa nr. 222/13.02.2017 transmisă către dumneavoastră prin intermediul SEAP, au fost solicitate clarificări privind propunerea financiară depusă de dvs., printre care

„Retransmiterea Formularului de ofertă, înscriind în acesta valoarea totală a lucrărilor calculată FĂRĂ a adăuga și cheltuielile diverse și neprevăzute.

Deasemenea vă rugăm să corectați data până la care vă mențineți valabilă oferta, respectiv 13.02.2017, deoarece aceasta nu reprezintă data împlinirii celor 90 zile declarate, calculate de la termenul limită de depunere a ofertei”.

În acest sens ați depus prin intermediul SEAP, în termen, Formularul de ofertă în care ați corectat data până la care vă mențineți valabilă oferta, dar fără a înscrie valoarea totală a lucrărilor calculată fără a adăuga cheltuielile diverse și neprevăzute.”

Potrivit documentelor existente la dosarul cauzei, această comunicare a fost publicată în SEAP de către autoritatea contractantă în data de 09.03.2017.

Așa cum a fost mai sus reținut, din examinarea actului de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, Consiliul reține că motivul care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depusă de ... este neînscrierea în cadrul formularului de ofertă valorii totale a lucrărilor calculată fără a fi adăugate cheltuielile diverse și neprevăzute.

Se are în vedere că în cadrul Fișei de date, la Cap. II.2) CANTITATEA SAU DOMENIUL CONTRACTULUI autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„II.2.1) Cantitatea totală sau domeniul

Investiția „MODERNIZARE ...”, presupune execuția lucrărilor pentru obiectivul de investiții, conform documentației tehnice întocmite de către proiectant, parte din documentația de atribuire.

Valoarea estimată a fost calculată conform devizului general al proiectului întocmit de către proiectant, după cum urmează:

A. Valoare de CM supusă ofertării în sumă de 1.888.400,00 lei fără TVA:

- Cap. 1.2 - Amenajarea terenului: 19.345,00 lei;
- Cap 1.3 - Amenajări pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială: 20.252,00 lei;
- Cap. 4.1 Construcții și instalații: 1.802.745,00 lei;
- Cap. 5.1.1 Lucrări de construcții pentru organizare de șantier: 27.635,00 lei;
- Cap. 5.1.2 Cheltuieli conexe organizării de șantier: 18.423,00 lei;

B. Valoarea diverselor și neprevăzutele în sumă de 184.234,30 lei (fără TVA):

- Cap. 5.3 Cheltuieli diverse și neprevăzute: 184.234,30 lei (fără TVA) în procent de 10 % din cap 1.2+1.3+4.1 **Valoarea estimată fără TVA: 1.888.400,00 RON”.**

Autoritatea contractantă a solicitat cu actul nr. 222/13.02.2017 ofertantului ... o serie de clarificări, printre care și în referire la formularul de ofertă prezentat, respectiv:

„În urma analizei propunerii financiare, comisia de evaluare vă solicită:

1. Retransmiterea Formularului de ofertă, înscriind în acesta valoarea totală a lucrărilor calculată fără a adăuga și cheltuielile diverse și neprevăzute.

Deasemenea vă rugăm să corectați data până la care vă mențineți valabilă oferta, respectiv 13.02.2017, deoarece aceasta nu reprezintă data împlinirii celor 90 zile declarate, calculate de la termenul limită de depunere a ofertei.

Având în vedere art. 135, alin. 2 din H.G. 395/2016, în cazul în care nu sunteți de acord cu retransmiterea Formularului de ofertă, comisia de evaluare va considera oferta dvs. neconformă.

2. Ținând cont de prevederile art. 210 din L 98/2016, vă rugăm să ne transmiteți următoarele:

Documente relevante, cu privire la fundamentarea economică a modului de formare a prețului;

Sursele de aprovizionare cu indicarea datelor de contact a acestora și a distanțelor de transport pentru următoarele materiale: mixturi asfaltice, betoane, piatră spartă, balast, prefabricate.

Fundamentarea tarifelor folosite pentru orele de funcționare a utilajelor în corelație cu cele declarate în Formularul C8;

Fundamentarea tarifelor folosite pentru transporturi în corelație cu cele declarate în Formularul C9;

Informațiile/clarificările solicitate vor fi semnate cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat în condițiile legii și încărcate în SEAP în secțiunile specifice disponibile în sistemul informatic până în data de 16.02.2017 inclusiv.

În lipsa transmiterii răspunsului, devin aplicabile prevederile art. 134, alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 137, lit. j), respectiv oferta va fi considerată inacceptabilă.”.

... a răspuns clarificării adresate cu actul nr. 142/16.02.2017, în care cu privire la aspectul în analiză a menționat următoarele:

„1. Retransmitem Formularul de Ofertă cu data valabilității modificate din 13.02.2017 în 13.03.2017, deoarece inițial dintr-o greșeală de dactilografiere a fost trecută cifra „02” în loc de „03”.

2. Justificarea tarifelor folosite:

În primul rând dorim să menționăm că suntem producători ai majorității materialelor principale care intră în prezenta lucrare, cum ar fi asfaltul, emulsia bituminoasă și betoanele de ciment. În cele ce urmează vă prezentăm analizele de preț a asfaltului, betoanelor și a emulsiei bituminoase. Prezentăm totodată dovada achiziției materialelor principale din cadrul lucrării:

contract cu ... pentru cirbluri, factură ... pentru sorturi naturale, copie facturi de la ... și ... pentru justificare preț bitum și filer de calcar

- factura pt. bitum ...: fact. nr. 2300309585/08.12.2016: 23.930,95 lei : 24,75 tone = 966.91 dar după estimări, prețurile ar putea crește în cursul anului viitor când lucrările se vor executa defapt, motiv pentru care am adăugat 10% peste acest preț ->1064 ron / tonă inclusiv transport. Persoana de contact: ...: 0264 - 407 687.

- Contract + factura ... cariera ... distanța 42 km până la ...: cribluri concasate și piatră spartă: Persoana de contact: Adrian Pampu: 0721 292 671.

(...)

Avem speranța că răspunsul nostru satisface cerințele Dumneavoastră, **iar dacă se doresc alte explicații mai amănunțite** vă rugăm să ne comunicați întrebările Dumneavoastră pentru a le da curs cât mai rapid cu putință.”.

Consiliul determină că măsura respingerii ofertei contestatoarei sub aspectul neîndeplinirii cerinței referitoare la retransmiterea formularului de ofertă, înscriind în acesta, valoarea totală a lucrărilor calculată fără a adăuga și cheltuielile diverse și neprevăzute, este disproporționată din considerentele mai jos prezentate.

Din examinarea propunerii financiare depuse de ..., Consiliul reține că acesta a depus următoarele înscrisuri:

- formularul de ofertă (însoțit de anexa la formularul de ofertă) în cadrul căruia este menționată valoarea totală de **1.233.883,34 lei**, valoare fără TVA, iar valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute este **110.107,88 lei**;

- Formularul F1 – Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv, unde a consemnat total valoare (exclusiv TVA) **1.233.885,34 lei**;

- Formularul F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte, unde a consemnat total valoare (exclusiv TVA) **1.123.775,55 lei, aceasta reprezentând diferența dintre valoarea totală și valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute.**

Este adevărat că analizând modul în care autoritatea contractantă a identificat valoarea estimată care coincide cu valoarea de C+M supusă ofertării și detalierea valorilor supuse ofertării pe capitole de cheltuieli, rezultă că aceasta nu a cuprins în **cadrul valorii estimate** comunicată operatorilor economici **și valoarea cheltuielilor diverse și neprevăzute.**

Însă la fel de adevărat este și faptul că potrivit dispozițiilor art. 9 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 **autoritatea contractantă calculează valoarea estimată a unei achiziții având în vedere valoarea totală de plată**, fără TVA, estimată de autoritatea contractantă, luând în considerare orice eventuale forme de opțiuni și prelungiri ale contractului menționate în mod explicit în documentele achiziției, **prin urmare valoarea estimată reprezintă, pe de-o parte, un instrument aflat la dispoziția autorității contractante** pentru a determina cuantumul sumelor ce urmează a fi disponibilizate, iar, pe de altă parte, **un barometru utilizat de autoritatea contractantă în vederea evaluării propunerilor financiare depuse**.

Se are în vedere că autoritatea contractantă în referire la valoarea estimată a publicat pe SEAP următoarea clarificare:

"Întrebarea nr. 2

În fișa de date la Capitolul II.2) pct. II.2.1.A sunt postate valorile supuse ofertării pe linii bugetare cap. 1.2, cap. 1.3, cap. 4.1, cap. 5.1.1, cap. 5.1.2 și cap. 5.3. Vă rugăm să precizați dacă aceste valori trebuie respectate pe fiecare linie bugetară în parte sau doar să ne încadrăm în valoarea estimată totală.

Răspuns:

Ofertanții vor întocmi propunerile financiare respectând încadrarea în valoarea total estimată."

Sunt relevante în soluționarea susținerile autorității contractante, potrivit cărora: "Prin însumarea sumelor aferente Cap.1.2 + 1.3 + 4.1 + 5.1.1 + 5.1.2, evidenciate la punctul A se poate observa faptul ca valoarea estimata, respectiv 1.888.400 lei, supusa ofertării NU cuprinde si cheltuielile diverse si neprevăzute evidenciate la punctul B.

Cheltuielile diverse si neprevăzute, evidenciate la punctul B, reprezintă cheltuieli incluse in structura devizului general al obiectului lucrării, dar fara sa fie cuprinse in valoarea estimata /ofertata, iar utilizarea sumelor aferente acestor cheltuieli se realizeaza, in funcție de necesitati , prin încheierea unui act adițional la contractul inițial. In acest context, actul adițional va reprezenta expresia aplicarii mecanice a clauzelor /unei modificări nesubstantiale in conformitate cu dispozițiile art. 221 din Legea nr. 98/2016.

In concluzie, contrar celor afirmate de contestatoare, autoritatea contractanta nu a solicitat ca in prețul total ofertat sa fie inclusa si valoarea aferenta capitolului 5.3 Cheltuieli Diverse si Neprevăzute."

Argumentul adus de autoarea contestației în favoarea faptului că în mod nelegal autoritatea contractantă a evaluat ulterior ofertele schimbând modalitatea de analiză în timpul derulării procedurii, astfel că dacă aceasta ar fi dorit să nu se țină cont de cap 5.3 în determinarea valorii pe care operatorii economici urmau să o oferteze ar fi trebuit sa menționeze în mod clar si fara echivoc aceasta, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare, întrucât potrivit răspunsului formulat de autoritatea contractantă la solicitarea de clarificare adresată de un operator economic, acesta a menționat faptul că ofertanții vor întocmi propunerile financiare respectând încadrarea în valoarea total estimată, aceasta trebuind interpretat în sensul încadrării în valoarea estimată (vizavi de dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. f) din H.G. nr. 395/2016 care sancționează ofertele a căror propunere financiară depășește valoarea estimată cu declararea lor ca inacceptabile) și nicidecum ca o restricționare a cuprinderii sau necuprinderii capitolului de cheltuieli diverse și neprevăzute în cadrul valorii estimate.

Consiliul constată că dispozițiile art. 135 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016 invocate de autoritatea contractantă ca temei în motivarea deciziei de respingere a ofertei ca neconformă, nu este judicioasă în cauză, întrucât nu se poate susține că ofertantul nu a fost de acord cu îndreptarea viciilor de formă identificate de autoritatea contractantă, atâta vreme cât a transmis toate documentele solicitate.

Ceea ce i se poate reproșa autoarei contestației este faptul că, într-adevăr, documentele transmise ulterior solicitării de clarificare adresate nu au respectat întocmai solicitarea adresată de autoritatea contractantă, însă, având în vedere că, așa cum a fost mai sus reținut, ofertantul a încărcat în SEAP toate documentele solicitate în mod expres, nu se poate susține faptul că ofertantul nu a intenționat să respecte întocmai cele solicitate de autoritatea contractantă.

Atâta vreme cât autoritatea contractantă se află în posesia propunerii financiare depuse de ... și luând act de faptul că formularul de ofertă conține valoarea totală a lucrărilor cuprinzând și cheltuielile diverse și neprevăzute, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să manifeste un rol activ și să depună diligențele necesare, în sensul comparării tuturor ofertelor în mod egal, fie fără cuprinderea cheltuielilor diverse și neprevăzute, urmând raționamentul conturat în cadrul solicitării adresate societății contestatoare, fie prin compararea ofertelor tuturor operatorilor economici incluzând și valoarea aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute.

În considerarea celor antemenționate sunt relevante în soluționare argumentele aduse de autoarea contestației în favoarea faptului că autoritatea contractantă în mod nelegal a declarat oferta acestuia ca fiind neconformă, motivat de incidența dispozițiilor art. 135 alin. (2) din H.G. nr. 395/2016:

„Avand in vedere ca Autoritatea Contractanta a ales ca si criteriu de atribuire "Prețul cel mai scăzut" , conform fisa de date Cap IV.2.1, consideram ca in avantajul Autoritatii Contractante este ca, la procedura sa participe in faza finala a analizei preturilor, cat mai mulți ofertanți, avand astfel posibilitatea certa de a obtine cel mai bun pret. Astfel consideram ca daca se dorește, Autoritatea Contractanta are dreptul sa verifice toate ofertele fie cu, fie fara cheltuielile diverse si neprevăzute, aceste cheltuieli neschimbând clasamentul final, deoarece se adauga pur si simplu ca si procent de 10% la valoarea efectiva a lucrărilor. Astfel oferta noastra nu poate fi considerata neconformă, deoarece conține toate informatiile care Autoritatea Contractanta are nevoie in vederea analizei ofertei”.

Mai mult, Consiliul apreciază că nimic nu o împiedica pe autoritatea contractantă, inclusiv să adreseze o nouă adresă de clarificare ofertantului și să solicite acestuia din nou depunerea formularului de ofertă, astfel cum dorește, însă atâta vreme cât aceasta este în posesia tuturor informațiilor necesare în vederea aplicării criteriului de atribuire, această clarificare nu are relevanță.

Teama autorității de a avantaja societatea ofertantă prin solicitarea clarificării suplimentare nu este fondată, întrucât ofertanților trebuie să li se acorde dreptul de a își demonstra conformitatea ofertelor lor, iar clarificarea solicitată nu este de natură a crea un avantaj față de ofertantele concurente, întrucât în centralizatoare aferente propunerii

financiare se regăsesc toate valorile care au constituit valoarea totală ofertată în cadrul formularului de ofertă, fiind respectate dispozițiile art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016. De asemenea sunt incidente în cauză și dispozițiile art. 134 alin. (10) din H.G. nr. 395/2016.

Cu luarea în considerare a celor mai sus prezentate, Consiliul determină că, în mod incorect, autoritatea contractantă a făcut aplicarea prevederilor art. 135 alin. (2) coroborat cu art. 137 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și a respins oferta ... ca neconformă, această decizie urmând a fi anulată.

În raport de cele mai sus reținute, Consiliul reține caracterul excesiv al măsurii de respingere a ofertei contestatoarei pentru motivul mai sus evocat, impunându-se reevaluarea ofertei ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite în parte contestația formulată de ..., în contradictoriu cu ..., în calitate de autoritate contractantă și anulează procesul-verbal intermediar nr. 5 al comisiei de evaluare înregistrat sub nr. 267/27.02.2017, precum și adresa autorității contractante de comunicare către contestatoare a măsurii respingerii ofertei acesteia.

În termen de 10 zile de la primirea prezentei, obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire prin evaluarea ofertei depusă de ... și la emiterea unui nou proces-verbal de evaluare, cu respectarea întocmai a celor consemnate mai sus, a documentației de atribuire și a legislației aplicabile privind achizițiile publice. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului proces-verbal, autoritatea va comunica contestatoarei rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 respinge ca nefondat capătul de cerere referitor la *"obligarea autorității contractante la emiterea unei noi solicitări de clarificări, în care să menționeze clar valoarea ofertei calculată fără procentul de diverse și neprevăzute, în cazul în care aceasta dorește o analiză fără această valoare"*.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...