

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr., depusă de către SC SRL, cu sediul în, str., având Cod Unic de Înregistrare și număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului, reprezentată legal de, împotriva rezultatului fazei de evaluare a propunerilor financiare comunicat cu adresa nr. 68645/15.06.2022, de către SA, cu sediul în, b-dul., în calitate de entitate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizarea sistemului SCADA în hidroamenajarea Râului ... (....). Faza elaborare studiu de fezabilitate”, cod CPV 71241000-9, s-a solicitat anularea rezultatului fazei de evaluare a propunerilor financiare privind contractul de achiziție publică indicat anterior, cu obligarea entității contractante de a solicita corectarea viciului de formă.

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 SC SRL reclamă rezultatul fazei de evaluare a propunerilor financiare, învederând următoarele:

La data de 15.06.2022, contestatorul a primit Comunicarea privind rezultatul fazei de evaluare a propunerilor financiare, transmisă prin adresa nr. 68645/15.06.2022, prin care i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă întrucât nu a răspuns la solicitarea de clarificare, situația de fapt reprezentând o eroare de prezentare de documente în conformitate cu solicitarea transmisă de comisia de evaluare.

Contestatorul susține că evidenta eroare de transmitere de documente se încadrează în noțiunea de „viciu de formă” astfel cum este definit de art. 135 alin. (3) din Normele Metodologice din 2016 și nicidecum în ipoteza că ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările solicitate.

Se reține că prin adresa nr. 63920/06.06.2022, entitatea contractantă a transmis prin intermediul SEAP o solicitare de clarificare asupra informațiilor cuprinse în propunerea financiară, respectiv explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, la prețul ofertat precum și o fundamentare economică a modului de formare a prețului, prin raportare la serviciile furnizate, termenul stabilit pentru prezentarea răspunsului fiind 09.06.2022.

Contestatorul a elaborat documentul 937/09.06.2022, semnat electronic la data de 09.06.2022 ora 18:05, ce conține răspunsul la solicitarea de clarificare.

Se menționează de către contestator că din eroare, a încărcat în SEAP documentul R CL 07.06.2022-semnat.pdf.p7s, în SEAP primind identificatorul

Contestatorul apreciază că este absolut evident că documentul R CL 07.06.2022 nu are nicio legătură cu procedura de față, diferențele fiind foarte clare:

a. Este vorba de alt ofertant - Asocierea lider Cu SRL (asociat) cu subcontractant;

b. Este vorba de altă autoritate/entitate contractantă -;

c. Este vorba de altă procedură de atribuire - procedura simplificata, pentru achiziția de *"Instalarea sistemelor de panouri fotovoltaice pentru producția de energie electrică în vederea acoperirii necesarului de consum propriu din sediile administrative și din stații electrice de transformare aflate în jud. Maramures, care aparțin DEER SA - SR"* anunt de participare în SICAP nr. ...

Se arată că potrivit art. 135 alin. (3) din Normele metodologice *„În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire."*

Totodată, contestatorul afirmă că în interpretarea noțiunii viciu de formă, Curtea de Justiție a Uniunii Europene nu lasă loc niciunui echivoc:

-„[...] Comisiile de evaluare au datoria de a exercita un anumit grad de diligență atunci când se analizează conținutul fiecărei oferte. În cazul în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritate indică faptul că ambiguitatea are probabil o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat, în principiu, este contrară cerințelor de bună administrare pentru o comisie de evaluare să respingă o ofertă fără a exercita puterea de a solicita clarificări. Decizia de a respinge o ofertă în aceste condiții riscă să fie afectată de o eroare vădită de apreciere din partea instituției în exercitarea acestei puteri. [...]”. (Cauza T-211/02 Tideland Signal împotriva Comisiei Europene);

Or, în cauză, este evident că „ambiguitatea are o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat”, criteriile de apreciere ale existenței viciului de formă în interpretarea Curții de Justiție a Uniunii Europene.

Față de evidența erorii, contestatorul opinează că remedierea viciului de formă sau nesancționarea greșelii nu ar fi determinat o „favorizare” a

contestatoarei sau o încălcare a tratamentului egal al ofertanților ci o conduită conformă cu standardul de diligență impus de CJUE.

Conform Comunicării privind rezultatul fazei de evaluare a propunerilor financiare, "comisia a constatat că s-a comis o eroare de prezentare de documente în conformitate cu solicitarea transmisă de comisia de evaluare".

Se reține că în respingerea ofertei contestatorului, entitatea contractantă invocă prevederile art. 131 din Normele metodologice „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”. Contestatorul observă că în cazul de față norma se referă explicit la ofertă, termen clar definit de lege în art. 3, lit. ff. ca fiind *"actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică. Oferta cuprinde propunerea financiară, propunerea tehnică, precum și alte documente stabilite prin documentația de atribuire"*. Contestatorul concluzionează că răspunsurile la clarificări nu intră în definiția ofertei, drept urmare riscurile nedepunerii unor documente ulterioare ofertei pot fi acoperite prin mecanismul legal al corectării viciilor de formă.

Referitor la aplicabilitatea art. 221. alin. (2) din Legea nr. 99/2016, *"Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat"*, contestatorul a arătat că nu ne aflăm deloc în această situație. Iar cu privire la art. 141 alin. (3) din HG nr. 394/2016, se invocă faptul că din moment ce ceilalți doi ofertanți au răspuns în termen și la obiect, entitatea contractantă s-ar fi aflat în situația de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire prin corectarea viciului de formă constatat și de comisia de evaluare. Pentru a testa validitatea acestui raționament, contestatorul se întreabă cum ar fi procedat entitatea dacă un alt ofertant ar fi făcut o eroare similară.

Referitor la afirmația că *"În această situație, o nouă solicitare de clarificare, practic, o revenire la aceeași solicitare de clarificare ar încălca principiul tratamentului egal"*, contestatorul susține că o corectare a viciului de formă nu ar fi presupus o nouă solicitare de clarificare de conținut ci doar solicitarea transmiterii documentului corect. Documentul corect are semnătura electronică anterioară termenului limită de răspuns, deci nu se poate vorbi în această situație de încălcarea tratamentului egal față de ceilalți ofertanți.

Ca urmare, prin aplicarea celei mai aspre sancțiuni - declararea ofertei ca fiind inacceptabilă pentru atașarea unui document eronat – petentul consideră că entitatea contractantă a încălcat și principiul proporționalității - principiu care nu este doar un principiu ce guvernează materia achizițiilor publice ci un principiu de drept al Uniunii Europene.

Se arată că Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut că : „53[...] în conformitate cu principiul proporționalității, care constituie un principiu general al dreptului Uniunii care la atribuirea contractelor încheiate în statele membre trebuie să fie respectat, astfel cum reiese atât din considerentul (9) al Directivei 2004/17, cât și din considerentul (2) al Directivei 2004/18, măsurile adoptate de statele membre nu trebuie să depășească ceea ce este necesar pentru atingerea acestui obiectiv [tratamentul egal al ofertanților n.r.] (a se vedea în acest sens Hotărârea din 16 decembrie 2008, Michaniki,

C-213/07, EU:C:2008:731, punctele 48 și 61, Hotărârea din 19 mai 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punctele 21 și 23, Hotărârea din 23 decembrie 2009, Serrantoni și Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punctul 33, precum și Hotărârea din 22 octombrie 2015, Impresa Edilux și SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punctul 29)."

Contestatorul învederează că potrivit art. 148 alin. (2) din Constituția României *„Ca urmare a aderării, prevederile tratatelor constitutive ale Uniunii Europene, precum și celelalte reglementări comunitare cu caracter obligatoriu, au prioritate față de dispozițiile contrare din legile interne, cu respectarea prevederilor actului de aderare"*.

Prin adresa nr. înregistrată la Consiliu sub nr., ... SA, în calitate de entitate contractantă, formulează Punct de vedere la contestația depusă de SC SRL, solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Începând cu data de 02.05.2022 (data limită de depunere a ofertelor) comisia de evaluare a procedat la evaluarea ofertelor depuse de cei trei operatori economici participanți la procedura de atribuire în dezbatere, respectiv: SRL, ... SRL și ... SRL cu subcontractant SRL.

În procesul de evaluare, până la data depunerii contestației au fost parcurse trei etape, respectiv: etapa I de evaluare - calificarea ofertanților, în urma căreia toți operatorii economici participanți la procedură au fost admiși în etapa a II-a de evaluare, conform Proces verbal nr. 1 din 16.05.2022 [filele 113-122 dosar].

Ulterior, în această a a II-a etapă - evaluarea propunerilor tehnice, de asemenea, toți operatorii economici participanți la procedură au fost admiși pentru etapa a III-a de evaluare, conform Proces verbal nr. 2 din 02.06.2022 [filele 190-196 dosar].

În etapa a III-a - evaluarea propunerilor financiare, comisia de evaluare constată, conform Procesului- verbal intermediar din data de 06.06.2022 [filele 202-203 dosar] că toate cele trei propuneri financiare au preț aparent neobișnuit de scăzut în conformitate cu prevederile art. art. 142.alin. (4) din HG nr. 394/2016, respectiv :

..... SRL 55,85% din valoarea estimată; SRL 73.82% din valoarea estimată și SRL 67.71% din valoarea estimată.

În consecință, la data de 06.06.2022, comisia de evaluare, în conformitate cu dispozițiile art. 222 alin. (1) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 142 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 394/2016, în temeiul art. 133, alin. (1) lit. i) din HG nr. 394/2016, a solicitat celor trei operatori economici participanți la procedură:

- explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, la prețul ofertat precum și
- fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la serviciile furnizate, prețurile ce rezultă din modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru. Fundamentarea solicitată trebuia să conțină în mod obligatoriu și calculul valorii de manoperă (ore-om x tarif manoperă (lei, fără TVA), contribuțiile obligatorii aplicabile precum și cheltuielile materiale necesare pentru întocmirea documentației, alte cheltuielile indirecte și profitul aferent, astfel încât valoarea ofertei să fie fundamentată economic și financiar [filele 207, 229 și 232 dosar].

Pentru a se formula și prezenta răspunsurile solicitate comisia a acordat un termen de 3 zile lucrătoare, respectiv până la data de 09.06.2022 ora 23:59. Până la data și ora limită de prezentare a răspunsurilor solicitate, sistemul SEAP a înregistrat următoarele răspunsuri:

.... SRL [...] 63920 06.06.2022.pdf.p7s Data răspuns: 09.06.2022 15:09 [filele 204-206 dosar]

.... SRL [CN ...] ... 63920 06.06.2022.pdf.p7s Data răspuns: 07.06.2022 13:18 [filele 230-231 dosar]

..... SRL [CN1040670/00058] 63920 06.06.2022.pdf.p7s Data răspuns: 09.06.2022 18:08 [filele 208-228 dosar].

În urma analizării răspunsurilor mai sus menționate, comisia de evaluare a constatat că, dacă operatorii economici ... SRL și SRL au depus toate clarificările solicitate, contestatoarea a depus:

- Mesaj nr. 1081/07.06.2022 (adresa de răspuns) care nu este emisă de SRL ci de Asocieria SRL lider cu ... SRL (asociat)/subcontractant ... SRL. De asemenea, respectiva adresă nu este adresată entității contractante SA ci către SA, iar răspunsul se referă la cu totul alt subiect decât cel din solicitarea enunțată la punctul 1, respectiv la "solicitare clarificare la procedura simplificată, pentru achiziția de Instalarea sistemelor de panouri fotovoltaice pentru producția de energie electrică în vederea acoperirii necesarului de consum propriu din sediile administrative și din stațiile electrice de transformare aflate în jud. Maramureș, care aparțin DEER SA -SR ..., anunț de participare în SICAP nr.".

Față de această stare de fapt, comisia de evaluare a întocmit procesul verbal nr. 3/15.06.2022 [filele 233-237 dosar] prin care a declarat ca admisibile propunerile financiare ale ofertelor depuse de operatorii economici SRL și SRL și a declarat ca inacceptabilă oferta depusă de SRL.

Entitatea contractantă precizează că decizia în baza căreia oferta SRL a fost declarată ca inacceptabilă și, pe cale de consecință respinsă, s-a întemeiat pe următoarele considerente:

Astfel, pe de o parte, Comisia a avut în vedere prevederile art. 131 din HG nr. 394/2016 care statuează că „Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, caz în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”

iar, pe de altă parte, a luat în considerare și prevederile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 care stabilesc că „(2) Entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”

Nu în ultimul rând, membrii comisiei au analizat și posibilitatea existenței unui „viciu de formă” al transmiterii astfel cum este definit de prevederile art. 141, alin. (3) din HG nr. 394/2016: „(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”

Cu toate acestea, față de lipsa în integralitate a răspunsului la clarificări (acesta fiind înlocuit de un răspuns complet nerelevant care se referea la procedura de achiziție a unei alte entități) dar și față de împrejurarea că răspunsul a fost depus la finele termenului procedural, Comisia a constatat că nu mai poate să revină cu aceeași solicitare de clarificare, peste termenul de răspuns stabilit, fără a crea un avantaj semnificativ contestatoarei. Astfel,

deși tuturor celor 3 ofertanți li s-a solicitat exact aceeași clarificare, în același termen procedural (referitoare la prețul aparent neobișnuit de scăzut), doar doi dintre aceștia au înțeles să răspundă în termen și la obiect.

În opinia entității contractante, în atare situație, o nouă solicitare de clarificare, care ar fi reprezentat de fapt o nouă revenire la aceeași solicitare de clarificare ar încălca principiul tratamentului egal, întrucât ar fi presupus o extindere nelegală și inechitabilă a termenului doar în favoarea unuia dintre ofertanți, ceea ce ar fi presupus o încălcare gravă a principiului egalității de tratament.

În consecință, cu respectarea principiilor statuate de prevederile art. 2 alin. 2 lit. a) și b) din Legea nr. 99/2016, comisia de evaluare a considerat că ofertantul-contestator nu a răspuns la solicitarea de clarificare făcând aplicarea dispozițiilor art. 140, alin. (4) din HG nr. 394/2016:

"În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată INACCEPTABILĂ".

Se reține că decizia comisiei de evaluare a fost comunicată prin intermediul SEAP la data de 15.06.2022, cu Adresa nr. 68645/15.06.2022 [fila 238 dosar], iar ofertantul SRL a înțeles să formuleze contestație prin care solicită anularea rezultatului evaluării etapei a III-a de evaluare a ofertelor cu obligarea entității contractante de a „solicita corectarea” pretinsului viciu de formă al depunerii unor documente eronate.

Lăsând la o parte inadmisibilitatea capătului de cerere privind „obligarea de a solicita corectarea viciului de formă”, Consiliul neavând posibilitatea, în cadrul măsurilor de remediere pe care le poate dispune, de a suplini consimțământul entității contractante și, cu atât mai puțin atunci când legea prevede în mod expres pentru entitatea contractantă, dreptul, iar nu obligația de a solicita clarificări, Entitatea apreciază că în mod evident, prin această cerere, contestatoarea recunoaște expres lipsa documentului solicitat cât și propria sa culpă pentru această lipsă.

În ceea ce privește legalitatea și temeinicia deciziei comisiei de evaluare de a declara inadmisibilă oferta contestatoarei, entitatea contractantă solicită Consiliului să observe că aceasta a fost emisă în deplină concordanță cu dispozițiile legale, principiile transparenței și egalității de tratament fiind în mod judicios respectate.

Se menționează că în cauza de față, trebuie avut în vedere faptul că, doar în măsura în care ar fi procedat în sensul solicitat de partea adversă prin prezenta contestație, Comisia de evaluare ar fi încălcat flagrant principiul egalității de tratament, favorizând în mod evident ofertantul a cărui ofertă a fost declarată inadmisibilă.

Entitatea contractantă opinează că contestatorul încearcă să acrediteze ideea, singura de altfel, că transmiterea unui document greșit, fără nicio legătură cu clarificările solicitate de Entitate și chiar fără nicio legătură cu procedura de atribuire în discuție, reprezintă un „viciu de formă”, iar Entitatea în mod nelegal nu ar fi uzat de „mecanismul legal al corectării viciilor de formă.”

Se reține de către Entitate că în susținerea acestui argument, contestatorul, deși citează trunchiat dintr-o serie de decizii de practică ale

CJUE, pe de o parte face abstracție de circumstanțele cauzelor respective - nepotrivite deloc la speța de față, dar, pe de altă parte, omite intenționat să precizeze că a depus clarificările (total eronate) la finele termenului de decădere impus de comisie pentru toți ofertanții.

Astfel cum rezultă din actele și lucrările dosarului de achiziție, răspunsul la clarificări a fost depus de ofertantul contestator în ultima zi a termenului - 09.06.2022 la ora 18.08 (fila 228 dosar), mult în afara orelor de program al entității contractante.

Or, procedând în această manieră, indiferent de calificarea pe care comisia de evaluare ar fi dat-o documentelor depuse greșit de ofertant, și chiar presupunând că Entitatea ar fi fost în măsură să solicite îndreptarea acestei presupuse erori materiale, entitatea contractantă susține că o atare măsură ar fi presupus o veritabilă prelungire a termenului procedural de depunere a răspunsului, prelungire de care în mod evident ceilalți ofertanți nu puteau beneficia.

Astfel, Comisia de evaluare, fiind în imposibilitatea obiectivă de a mai solicita clarificări ofertantului SRL în cadrul termenului de decădere pentru clarificarea ofertelor, pentru a ajuta ofertantul să-și lămurească răspunsul la clarificări, în mod implicit i-ar fi prelungit acestuia termenul.

În acest fel, mai ales în condițiile în care ceilalți doi ofertanți, și-au depus răspunsurile mai devreme în interiorul termenului și fără ca acestea să conțină erori materiale, entitatea contractantă opinează că ar fi creat o discrepanță flagrantă de aplicare diferită a normelor de procedură, între cei trei ofertanți.

Se apreciază că o atare conduită a entității contractante ar fi fost una discriminatorie și favorizantă, care ar fi atras într-adevăr nulitatea actelor din cadrul procedurii de atribuire, fiind întocmite cu încălcarea principiilor art. 3 din Lege prin impunerea unor termene procedurale inegale participanților.

Mai mult, având în vedere natura imperativă a normelor care instituie sancțiunea pentru netransmiterea în termen a clarificărilor/completărilor-art. 140 alin. 4 din HG 394/2016, Entitatea susține că nu putea proceda în sensul intenționat de contestatoare, fără a încălca prevederile legale.

Din această perspectivă, entitatea contractantă solicită Consiliului să aibă în vedere că așa-zisa simplă eroare materială la care se referă ofertantul și care, în opinia sa trebuie calificată drept "viciu de formă", nu se circumscrie definiției instituite de art. 141 alin. 4 din Normele Metodologice de aplicare a Legii nr. 99/2016.

Se arată că textul de lege stabilește că *"viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de continutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant (...)"*.

Or, Entitatea învederează că, în cazul de față, nu se poate susține ideea unei simple erori materiale sau omisiuni din cadrul unui document câtă vreme documentul (răspunsul la clarificări) lipsea cu desăvârșire, înscrisul depus (postat în SEAP) fiind fără legătură cu oferta. Astfel, tocmai cerința definitorie pentru existența unui viciu de formă, respectiv existența unui document de sine stătător (care este viciat de erori) nu este îndeplinită în cauză, neexistând tocmai documentul presupus a fi viciat.

Din această perspectivă, entitatea contractantă afirmă că trebuie avut în vedere și faptul că atât "solicitarea de clarificări" cât și "răspunsul la solicitarea de clarificări" sunt acte reglementate în cadrul procedurii de atribuire pentru lipsa cărora sunt prevăzute sancțiuni exprese, ceea ce denotă în mod clar că lipsa documentului nu poate fi asimilată, în mod logic, unui viciu al documentului inexistent.

În aceeași idee, Entitatea susține că trebuie observat că și practica CJUE amintită în cadrul constatației cu referire la "diligența comisiei de evaluare" se referă la ambiguități care au o explicație simplă și sunt ușor de rezolvat ceea ce, în mod firesc, presupune existența documentelor care conțin astfel de ambiguități, ceea ce nu este cazul în speță.

Mai mult, entitatea contractantă face precizarea că nici cea de a doua cerință stabilită de legiutor în cadrul definiției sale pentru existența "viciului de formă" nu este îndeplinită. Astfel, pentru a fi în prezența unui simplu viciu de formă al unui document, trebuie ca eroarea sau omisiunea din cadrul acestuia să fie susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații preexistente care să poată fi clarificate sau confirmate prin corectarea/completarea omisiunii (art. 141 alin. 3 din HG 394/2016).

Or, față de natura clarificării solicitate de entitatea contractantă de la toți ofertanții, respectiv una cu privire la prețul aparent nejustificat de scăzut, este mai mult decât evident că se impuneau clarificări ale ofertei financiare tocmai pentru că nu existau informații sau documente preexistente care să conțină justificări asupra prețului.

Prin urmare, fiind vorba de informații absolut noi solicitate de entitatea contractantă în temeiul dispozițiilor art. 222 din Legea nr. 99/2016, lipsa cu desăvârșire a acestora nu reprezintă în opinia Entității un simplu viciu de formă ci o veritabilă lipsă a actului de procedură. Astfel, solicitarea nefiind de natură a clarifica niște informații preexistente din alte documente ale procedurii ci, dimpotrivă, referindu-se la informații și obligații noi din partea ofertanților, entitatea contractantă opinează că ideea unei erori materiale (cu privire la prețul aparent nejustificat de scăzut) simple de corectat nu se susține, aceste informații lipsind întrutotul.

În acest sens, entitatea contractantă arată că este relevantă practica CJUE care a reținut *„că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției (sau de dispozițiile legale - art. 222 din Lege, entitatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea.”*

În egală măsură, entitatea contractantă opinează că în speța dedusă judecății, sunt relevante și soluțiile de practică pronunțate de CNSC care *"reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al neintroducerii/lipsei din cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractantă fn.n. sau impuse prin lege potrivit principiului "«nemo auditur propriam turpitudinem allegans» (...)"*.

Așadar, este evident pentru entitatea contractantă că în cazul contestației de față partea adversă își invocă propria culpă dar și susține în mod greșit că "nesanționarea greșelii nu ar fi determinat o favorizare". Or, această abordare apare ca fiind surprinzătoare și contrară întregii practici judiciare în materia achizițiilor publice în condițiile în care miza este tocmai "excluderea din procedură".

Or, tocmai cu referire la această situație, CJUE a statuat că "unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit" și a precizat că "această considerație este cu atât mai importantă cu cât miza este excluderea din procedură".

Fiind evident că în cauza de față miza era tocmai excluderea din procedură prin efectul dispozițiilor art. 140 alin. 4 din HG 394/2016 pentru netransmiterea răspunsului la clarificări în termenul stabilit, entitatea contractantă susține că nu putea să favorizeze contestatoarea încălcându-și propriul termen procedural impus.

Așadar, entitatea contractantă apreciază că comisia de evaluare, prin decizia sa de a nu prelungi în mod preferențial termenul pentru depunerea clarificărilor doar pentru ofertantul contestator, și de a constata lipsa acestui răspuns în cadrul termenului procedural impus, a procedat în mod corect, în deplină concordanță cu dispozițiile legale aplicabile.

Se menționează că legalitatea și temeinicia hotărârii comisiei de evaluare de a declara inacceptabilă oferta contestatoarei, pe lângă argumentele expuse mai sus, rezultă și din lipsa oricăror probe care să susțină situația de fapt expusă în cuprinsul contestației. În acest sens, entitatea contractantă precizează că trebuie observat că deși contestatorul susține că lipsa răspunsului său este rezultatul unei simple erori materiale, cu toate acestea nu a depus, nici în fața entității contractante și nici în fața Consiliului, documentul care ar fi fost chipurile înlocuit din greșeală.

Sub acest ultim aspect, entitatea contractantă solicită Consiliului să observe că, întrucât contestatorul nu a făcut nici măcar dovada existenței așa-zisului document - "răspunsul la clarificări", contestația este oricum vădit nefondată, făcând chiar redundante toate celelalte argumente care conduc oricum la respingerea acesteia.

Concluzionând, în raport de apărările formulate în cadrul prezentului punct de vedere dar și de conținutul documentației dosarului de achiziție, entitatea contractantă solicită Consiliului să constate caracterul nefondat al contestației depuse de SC SRL și să o respingă ca neîntemeiată cu consecința menținerii deciziei comisiei de evaluare în etapa a III-a de evaluare ca fiind legală și temeinică.

Prin adresa nr. ... înregistrată la Consiliu sub nr., SC SRL formulează Concluzii scrise la punctul de vedere al entității contractante, precizând următoarele:

Contestatorul reține că Entitatea indică faptul că răspunsul la clarificări a fost depus în ultima zi a termenului, la ora. 18.08, "mult în afara orelor de program ale entității contractante". Se arată că termenul de răspuns indicat în solicitarea de clarificări a fost respectat, contestatorul neavând obligația de a depune înainte de acest termen, iar corelarea cu orele de program ale entității contractante nu are nicio relevanță, din moment ce termenul stabilit prin solicitarea de clarificare a fost de 09.06.2022, ora 23.59.

Prin această afirmație, din moment ce consideră că ar fi putut solicita corectarea viciului de formă dacă l-ar fi observat înainte de împlinirea termenului de răspuns la solicitarea de clarificări, contestatorul opinează că entitatea contractantă de fapt recunoaște că este vorba în cazul său de un viciu de formă. Contestatorul învederează că observarea viciului de formă nu ar fi putut fi făcută înaintea de împlinirea termenului menționat, pentru că acest lucru ar fi presupus convocarea de îndată a comisiei de evaluare, lucru greu de presupus că se putea realiza în dinamica internă a unei entități

contractante imediat după primirea oricărui răspuns la solicitările de clarificare.

Contestatorul remarcă faptul că entitatea contractantă reiterează că solicitarea de corectare a viciului de formă ar fi însemnat o încălcare gravă a principiului egalității de tratament.

Contestatorul observă eroarea fundamentală în care se află entitatea contractantă - solicitarea corectării unui viciu de formă nu constituie, așa cum subliniază aceasta, o nouă solicitare de clarificare de conținut. Drept urmare, contestatorul opinează că nu se pune niciun problemă că ar fi beneficiat de o extindere nelegală și inechitabilă a termenului în favoarea sa. Documentul de răspuns corect a fost semnat electronic în termen și ar fi fost trimis ca răspuns la solicitarea de îndreptare a viciului de formă, încadrându-se și contestatorul alături de ceilalți doi ofertanți în termenul de formulare a răspunsului.

Referitor la lipsa de proporționalitate a răspunsului entității contractante la evidenta sa eroare, contestatorul citează în continuare din deciziile Tribunalului Uniunii Europene, care a reținut în Hotărârea din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV, referitor la principiul proporționalității următoarele: *Mai mult, principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite* (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, Rec., p. 1-2211, punctul 60).

Drept urmare, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu nr., SC SRL depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ..., emisă de, în valoare de RON, potrivit dispozițiilor art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..... SA, în calitate de entitate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având ca obiect „Modernizarea sistemului SCADA în hidroamenajarea Râului (... Faza elaborare studiu de fezabilitate”, cod CPV 71241000-9. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr., criteriul de atribuire stabilit fiind „cel mai bun raport calitate-preț”.

În Procesul-verbal al ședinței de vizualizare a ofertelor nr. 7/02.05.2022, s-a consemnat depunerea a 3 oferte printre care și a contestatorului; ulterior, în Procesul-verbal nr. 3/15.06.2022 privind evaluarea propunerilor financiare, s-a consemnat respingerea ofertei contestatorului ca inacceptabilă precum și admisibilitatea celorlalte două oferte.

Împotriva rezultatului fazei de evaluare a propunerilor financiare comunicat cu adresa nr. 68645/15.06.2022, SC SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr.

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația formulată de SC SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Prin contestația depusă, contestatorul critică adresa nr. 68645/15.06.2022 privind comunicarea referitoare la rezultatul fazei de evaluare a propunerilor financiare, prin care i s-a comunicat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă întrucât nu a răspuns la solicitarea de clarificare privind justificarea prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că toate cele trei propuneri financiare depuse în procedură au preț aparent neobișnuit de scăzut în conformitate cu prevederile art.142.alin. (4) din HG nr. 394/2016, respectiv :

..... SRL 55,85% din valoarea estimată; SRL 73.82% din valoarea estimată și SRL 67.71% din valoarea estimată.

În consecință, la data de 06.06.2022, autoritatea contractantă, în conformitate cu dispozițiile art. 222 alin. (1) și alin. (2) lit. a) din Legea nr. 99/2016, coroborate cu cele ale art. 142 alin. (1) și alin. (2) din HG nr. 394/2016, în temeiul art. 133. alin. (1) lit. i) din HG nr. 394/2016, a solicitat celor trei operatori economici participanți la procedură clarificări referitoare la prețul ofertat.

Deși contestatorul SC SRL a transmis un document la solicitările autorității contractante, acest răspuns a fost unul neconcludent, întrucât nu răspundea solicitărilor adresate, acesta nefiind emis de SRL ci de Asocieria ... SRL lider cu ... SRL (asociat)/subcontractant ... SRL. De asemenea, respectiva adresă nu era adresată entității contractante SA ci către ... SA, iar răspunsul se referă la cu totul alt subiect decât cel din solicitarea enunțată la punctul 1, respectiv la "solicitare clarificare la procedura simplificată, pentru achiziția de Instalarea sistemelor de panouri fotovoltaice pentru producția de energie electrică în vederea acoperirii necesarului de consum propriu din sediile administrative și din stațiile electrice de transformare aflate în jud. ..., care aparțin DEER SA -SR ... anunț de participare în SICAP nr.

În aceste condiții, autoritatea contractantă a considerat că ofertantul contestator nu a răspuns la solicitarea de clarificare și a respins ca inacceptabilă oferta acestuia, potrivit dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, această decizie fiind, în opinia Consiliului întemeiată și în deplină concordanță cu dispozițiile legale în materie.

Consiliul nu poate primi ca întemeiate alegațiile contestatorului referitoare la faptul că, în cauză, netransmiterea răspunsului la solicitările de clarificări, respectiv transmiterea unor alte documente ce nu aveau legătură nici cu solicitările de clarificare legale și obligatorii și, cu atât mai mult, nici cu prezenta procedură de atribuire, ar putea fi acoperite prin mecanismul legal al corectării viciilor de formă.

În niciun caz, în această situație, lipsa răspunsului la clarificări referitoare la prețul neobișnuit de scăzut ofertat nu poate fi apreciat ca fiind un viciu de formă, ci, dimpotrivă un comportament lipsit de diligență al ofertantului contestator, comportament ce a fost sancționat în conformitate cu dispozițiile legale. În aprecierea Consiliului, o atitudine contrară din partea autorității contractante, respectiv resolicitarea/acceptarea unui răspuns din partea SC SRL, ar fi condus la o încălcare a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică și la favorizarea evidentă a acestui ofertant, în condițiile în care ceilalți doi participanți la procedură au transmis în termen răspunsul solicitat la solicitări indentice de clarificări.

Potrivit dispozițiilor art. 131 din HG nr.394/2016, „*Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*”. În opinia Consiliului, contrar susținerilor contestatorului, răspunsurile la clarificările necesare evaluării ofertelor sunt parte integrantă a acelei oferte.

Prin urmare, în opinia Consiliului, netransmiterea unui răspuns la clarificările referitoare, în acest caz, la propunerea financiară, se datorează exclusiv comportamentului ofertantului care nu poate invoca în apărare propria culpă potrivit cunoscutului principiu de drept „*«nemo auditur propriam turpitudinem aliegans»*”.

În aceste condiții, Consiliul apreciază ca fiind temeinică și legală decizia de respingere ca inacceptabilă a ofertei depuse de SC SRL.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SRL în contradictoriu cu SA.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.