



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: 29.11.2022

Prin contestația nr. 213/31.10.2022, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin curierat rapid, înregistrată la Consiliu sub nr. 53331/01.11.2022 și, respectiv, sub nr. 53635/02.11.2022, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal de ... – administrator, a contestat adresa nr. 18331/26.10.2022, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și raportul procedurii nr. 18330/26.10.2022, documente emise în cadrul procedurii de atribuire „simplificată” online, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică având ca obiect „Achiziție și plantare arbori pentru amenajare aliniamente pe domeniul public al ...”, cod CPV 03452000-3 (Rev.2), inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ... și a solicitat următoarele:

- anularea adresei nr. 18331/26.10.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 18330/26.10.2022, în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de contestatoare, precum și a tuturor proceselor-verbale intermediare care au stat la baza emiterii actelor contestate;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de ... cu respectarea documentației de atribuire și a prevederilor legale și la desemnarea ofertei câștigătoare din rândul ofertelor declarate admisibile, prin aplicarea criteriului prevăzut în fișa de date.

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

În susținerea contestației, ... arată că prin adresa nr. 18.331/26.10.2022, i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost declarată neconformă și inacceptabilă, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de ..., singura declarată admisibilă dintre cei 7 participanți cu o valoare ofertată în cuantum de 723.550 lei, fără TVA.

a) Cu raportare la primul motiv de respingere a ofertei sale și declararea acesteia ca fiind neconformă, contestatoarea învederează următoarele:

«Referitor la termenul de livrare care inițial în cadrul propunerii tehnice era menționat: „Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare”, operatorul economic prin răspunsul la clarificări modifică termenul de livrare din 5 zile lucrătoare de la semnarea contractului în 5 zile de la semnarea contractului, fapt ce trebuia menționat încă de la început prin propunerea tehnică și care a fost menționat și în răspunsul la solicitarea de clarificări postat de autoritatea contractantă în SEAP înainte de termenul limită de depunere a ofertelor. Mai mult termenul de 5 zile ofertat trebuia să cuprindă de la început livrarea, plantarea și recepția arborilor. Prin acceptarea răspunsului comisia ar crea un avantaj clar operatorului economic și nu ar asigura tratamentul egal al tuturor operatorilor economici înscriși în procedură, fapt ce contravine principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Modalitatea de elaborare a ofertei este în sarcina exclusivă a ofertantului, acesta își asumă toate riscurile, iar la depunerea ofertei trebuie avute în vedere prevederile art. 123-125 din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare.»

Arătând prevederile legale invocate de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei sale, și anume art. 133 alin. (1) și (2) și art. 137 alin. (3) lit. a) din Hg nr. 395/2016, contestatoarea precizează că „însăși autoritatea contractantă prin intermediul documentației de atribuire, inclusiv a clarificărilor, folosește aceleași sintagme, aceleași termene”.

În cele ce urmează, ... redă:

- prevederile caietului de sarcini:

„6. Durata contractului și perioada de livrare

Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim 5 de zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului”

- Propunerea contractuală:

„Art. 4. Durata contractului și termenul de furnizare și montare

4.1. Prezentul contract intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate.

4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract”.

- Răspunsul consolidat la clarificări:

„Clarificare din oficiu 1

Termenul de livrare și plantare este de 5 zile de la semnarea contractului, conform clauzelor contractuale, art. 4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract” și arată că, ulterior, autoritatea contractantă „se dezice considerând că acestea ar fi trebuit să conțină și alte mențiuni”, (decât cele folosite de ..., „5 zile de la comanda fermă”). Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă încearcă a-și acoperi propriile neconcordanțe/inadvertențe prin transferul responsabilității ofertanților, invocându-și practic propria culpă într-un demers de critică/respingere a ofertei/ofertelor care nu au făcut altceva decât să reitereze prevederile caietului de sarcini. Cu toate acestea însă, prin intermediul solicitării de clarificări înaintate de autoritatea contractantă, contestatoarea menționează faptul că societatea sa, deși „amendează” aspectele solicitării, confirmă posibilitatea îndeplinirii întocmai a cerințelor „gândite”, însă nementionate de autoritatea contractantă.

Astfel, ... precizează uzitarea termenului „comandă fermă” asupra termenului de livrare aferent produselor ce urmează a fi furnizate către autoritatea contractantă, însă menționează, faptul că eroarea survenită în cadrul ofertei înaintate a fost și ca urmare a reiterării însăși a mențiunilor autorității contractante în cadrul caietului de sarcini: „6. Durata contractului și perioada de livrare: Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim 5 de zile de la primirea comenzii ferme”.

De asemenea, contestatoarea precizează faptul că, în cadrul propunerii tehnice înaintate încă de la data limită de depunere a ofertelor, a depus formularul intitulat Angajament privind executarea contractului în condițiile impuse prin documentația de atribuire (reatașat în cadrul clarificărilor solicitate), aspect ce învederează fără pic de tăgadă faptul că ... își asumă toate condițiile impuse de autoritatea contractantă în legătură cu viitorul contract.

Pentru a conchide asupra aspectelor menționate mai sus, ... arată că a precizat în cadrul răspunsului la clarificări faptul că nu întâmpină nicio problemă de ordin logistic în vederea furnizării plantelor solicitate de autoritatea contractantă (indiferent de cantitatea solicitată), în termenul de 5 zile de la data semnării contractului, termen ce va include livrarea, plantarea, precum și recepția produselor. Astfel, contestatoarea subliniază faptul că „se va asuma în întregime termenul de 5 zile așa cum acesta a fost solicitat”, respectând astfel întocmai cerința impusă de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, sens în care a depus inclusiv o Declarație pentru confirmarea celor precizate.

Mai mult decât atât, contestatoarea arată că, deși autoritatea contractantă consideră că a reglementat acest aspect prin intermediul răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, care trebuia postat cu 2 zile înainte de data limita de depunerii ofertelor, conform prevederilor documentației de atribuire: „Număr zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor 4.

Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar tuturor solicitărilor de clarificări cu 2 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor”, acesta a fost publicat în data de 28.09, în condițiile în care termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost de 29.09.

b) *„Cu raportare la un element cel puțin inexplicabil, cuprins în cadrul comunicării de rezultat procedură”, și anume „Pentru aceste motive comisia decide întoarcerea la faza de evaluare tehnică și declararea ofertei depusă de ... ca inacceptabilă și neconformă”, contestatoarea invocă art. 127 alin. (1) din HG 395/2016, care stabilește responsabilitățile și cronologia evaluării ofertelor și se întreabă cum este posibil ca oferta sa să fie declarată admisibilă din punct de vedere al propunerii tehnice (singurul caz în care avea dreptul conform prevederilor legislative în vigoare să fie trecută în etapa evaluării propunerilor financiare), în condițiile în care solicitarea de clarificări sub aspectul justificării propunerii financiare propuse (adică intervenind decriptarea ofertelor asupra tuturor ofertelor admisibile până în aceasta etapă), parvine ... la data de 19.10.2022 (adresa nr. 7817/19.10.2022), iar ulterior, aceeași propunere tehnică (însă de data aceasta cu informațiile suplimentare asupra prețului ofertat de ...) să fie declarată neconformă din punct de vedere tehnic.*

De asemenea, contestatoarea invocă și prevederile art. 34 din cadrul HG nr. 395/2016, subliniind că la data de 19.10.2022 (data transmiterii adresei nr. 7817/19.10.2022, prin intermediul căreia i s-a solicitat justificarea prețului propus, deci evaluare financiară), oferta sa era „imperativ necesar a fi declarată admisibilă/conformă din punct de vedere al propunerii tehnice înaintate”.

c) Cu raportare la motivul nr. 2 al respingerii ofertei sale și declararea acesteia ca fiind inacceptabilă/neconformă, ... învederează că prevederea legală în baza căreia autoritatea contractantă a fundamentat descalificarea propunerii financiare a societății sale, respectiv HG nr. 363/2010, actualizată, este, la data prezentei, abrogată prin intermediul OUG 85/2018, inclusiv elementele de cost pentru cheltuieli indirecte și profit: procentul de 10% și, respectiv, de 5%;

Totodată, contestatoarea subliniază faptul că legiuitorul a statuat prin intermediul prevederilor art. 136 alin (4), situația în care o ofertă prezintă un preț neobișnuit de scăzut. Ori oferta ..., se află la un procentaj de 81,05% față de valoarea estimată a prezentei proceduri.

Însă cu toate acestea, contestatoarea arată că s-a supus clarificărilor survenite din partea autorității contractante și, pe lângă partea descriptivă (analiză cost/beneficiu, centralizare a prețurilor, fundamentarea economică a modului de formare a prețului), a depus inclusiv ofertă fermă de preț, în vederea unei justificări cât mai precise, a furnizorului/producătorului său, datată înainte de data limită a depunerii ofertelor.

Asupra aspectelor învederate, ... aduce în atenția Consiliului dispozițiile art. 210 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 care stipulează limitele în care autoritatea contractantă este îndreptățită a respinge propunerea financiară - *„Autoritatea contractantă evaluează informațiile*

și documentele furnizate de ofertantul a căruia ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2)”, cazuri excluse în situația de față, întrucât contestatoarea a pus la dispoziția autorității contractante toate elementele de cost care au stat la baza fundamentării prețului propus, inclusiv oferta fermă de preț a furnizorului/producătorului ..., datată înainte de data limită a depunerii ofertelor.

Totuși, contestatoarea remarcă grija autorității contractante asupra imposibilității furnizării produselor solicitate la prețul propus de ..., în condițiile în care ofertantul declarat câștigător prezintă o propunere financiară în cuantum de 723.550 lei, fără TVA, adică la o diferență de 0,24% față de oferta contestatoarei.

Ca un element final, asupra îngrijorării autorității contractante în vederea furnizării produselor în raport cu caracteristicile solicitate *„pentru arbori cu circumferința de 12-14 cm și înălțimi de peste 3 metri. Deci prețul oferat de operatorul economic, 247,19 lei fără TVA/buc, pare foarte mic și nu garantează autorității contractante furnizarea produselor solicitate”,* ... menționează faptul că în cadrul propunerii tehnice sunt depuse inclusiv materiale foto descriptive (poze) efectuate în pepiniera producătorului/furnizorului său (și nu poze orientative de pe internet cu posibile produse), iar ca un element suplimentar de siguranță al autorității contractante, conform documentației asumate în întregime de contestatoare are la dispoziție procedura „recepției” pentru produsele solicitate, acestea urmând a fi înlocuite dacă nu corespund caracteristicilor impuse, fără alte costuri suplimentare pentru autoritatea contractantă.

Contestatoarea susține că își va asuma ca produse furnizate să nu fie îmbătrânite (aflate la finalul ciclului de vegetație sau într-o etapă avansată a ciclului de viață) provenind din soiuri impure sau care nu corespund standardelor de calitate sau condițiilor fitosanitare.

... precizează că recepția cantitativă și calitativă a produselor livrate se va face la momentul livrării, încheindu-se în acest sens procesul-verbal de recepție. Garanția acordată produselor livrate va fi de 12 luni calendaristice de la data livrării. La momentul livrării, furnizorul va elibera certificate de calitate al produselor furnizate.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul art. 20 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să transmită în termen de 3 zile, în original, contestația însoțită de mijloacele de probă invocate în cadrul acesteia și de Recipisa de consemnare nr. 208534222/1 din 31.10.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Arad, în valoare de 17.800 RON.

Prin adresa fără număr de înregistrare de la emitent, nedată, înregistrată la CNSC sub nr. 54350/04.11.2022, ... a depus la dosarul cauzei, în copie, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208534222/1, în

sumă de 17.800 RON, eliberată la data de 31.10.2022 de CEC Bank – Sucursala Arad.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 54544/07.11.2022, ... a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208534222/1, în sumă de 17.800 RON, eliberată la data de 31.10.2022 de CEC Bank – Sucursala Arad.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat autorității contractante înaintarea dosarului achiziției publice, a ofertei depusă de ..., a punctului de vedere, precum și a dovezii privind publicarea contestației în SEAP și transmiterea punctului de vedere către contestatoare.

Prin adresa nr. 18966/03.11.2022, transmisă, inițial prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, în original, prin poștă, înregistrată la CNSC sub nr. 55414/10.11.2022 și, respectiv, sub nr. 56022/15.11.2022, autoritatea contractantă a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de ..., arătând următoarele:

Contestația nu poate fi admisibilă, deoarece oferta depusă de către ... a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1), (2) și art. 215 alin. (4), (5) și (5¹) din Legea nr. 98/2016 și cu prevederile art. 133 alin. (1) și (2), art. 134 alin. (1), (2), (6) și alin. (9) lit. e), art. 137 alin. (1), alin. (2), lit. c) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și ținând cont de respectarea principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

În cele ce urmează, ... redă prevederile art. 209 și art. 215 din Legea nr. 98/2016, art. 133, art. 134 și art. 137 din HG nr. 395/2016, subliniind că a evaluat, în mod egal și imparțial toate ofertele depuse în cadrul procedurii mai sus menționate, decizia comisiei fiind temeinică și legală.

Autoritatea contractantă susține că în cadrul procesului-verbal de evaluare tehnică a ofertelor nr. 17544/14.10.2022, tabel pag. 23, la Termenul de livrare și plantare, a constatat inadvertența în ceea ce privește termenul de livrare și plantare, dar, din eroare, la finalul tabelului de evaluare s-a scris „Ofertă admisibilă” și s-a omis solicitarea de clarificări privind corelarea propunerii tehnice depusă de contestatoare cu prevederile caietului de sarcini și cu clarificarea din oficiu postată de autoritatea contractantă în SEAP în data de 28.09.2022. Clarificarea a fost postată, deoarece, după expirarea termenului de solicitare a clarificărilor pe documentația de atribuire, care a fost 25.09.2022, au fost primite solicitări de clarificări de la operatorii economici interesați în depunerea ofertelor, în data de 27.09.2022, și, deși ... nu avea obligația să răspundă la acestea, a decis, pentru lămurirea aspectelor semnalate să posteze răspunsul în data de 28.09.2022.

De asemenea, autoritatea contractantă opinează că prin postarea răspunsului nu s-au adus modificări substanțiale care să afecteze major întocmirea ofertelor, s-au făcut doar precizări clare, pe care operatorii economici le puteau foarte ușor prelua corect în ofertele lor.

Ulterior transmiterii solicitărilor de clarificări ca urmare a finalizării evaluării propunerilor tehnice, comisia a trecut la evaluarea financiară,

iar în cadrul ședinței de evaluare a propunerilor financiare comisia s-a autosesizat asupra erorii din evaluarea tehnică și a decis întoarcerea în evaluarea tehnică și solicitarea de clarificări.

Mai mult, ... subliniază că, pentru a se asigura tratamentul egal, s-au solicitat clarificări cu privire la termenul de livrare ambilor ofertanți trecuți în faza de evaluare financiară, respectiv ... și Astfel, contestatoarei i-au fost solicitate clarificări și asupra componentei prețului, deoarece din analiza propunerii financiare depusă de aceasta a rezultat că procentul cheltuielilor indirecte este mare, respectiv 45%, raportat la obiectul contractului și schimbă caracterul acestuia din furnizare în servicii/lucrări.

În plus, autoritatea contractantă arată că prețul arborilor furnizați este scăzut în raport cu prețurile la care s-a raportat ... la momentul stabilirii valorii estimate, nefiind edificator și concludent că produsele livrate ar respecta cerințele calitative solicitate prin documentația de atribuire.

În cele ce urmează, ... redă prevederile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016, subliniind că oferta de preț în ansamblul ei nu pare neobișnuit de scăzută, dar elementul principal care a dus la stabilirea tipului contractului, respectiv prețul arborilor solicitați de autoritatea contractantă, este mic în raport cu prețurile existente pe piață și acesta reprezintă 39,24% din prețul total, restul de 60,76% fiind alte cheltuieli, fapt ce duce clar la schimbarea caracterului contractului.

Ori, chiar dacă în aparență prin aplicarea criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut” oferta ar putea fi desemnată câștigătoare, comisia de evaluare a considerat că propunerea financiară este inacceptabilă.

În cele ce urmează, autoritatea contractantă redă prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016, menționând că toate aceste concluzii ale comisiei de evaluare sunt consemnate în procesul-verbal de evaluare financiară nr. 18034/24.10.2022.

Mai mult, ... consideră că în cadrul procesului de evaluare s-a aplicat tratamentul egal tuturor ofertanților.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă arată că nu poate fi de acord cu afirmațiile contestatoarei, potrivit căreia ..., prin membrii comisiei de evaluare, nu a fost riguroasă cu privire la evaluarea ofertelor.

Autoritatea contractantă învederează că, într-adevăr dintr-o eroare umană au fost preluate greșit informațiile din procesul-verbal de evaluare tehnică nr. 17544/14.10.2022, la care a concurat și faptul că oferta contestatoarei a fost o ofertă aproape foarte bună, o ofertă care cuprinde detalii de amplasare a pomilor pe care ... nu le-a descris atât de amănunțit în caietul de sarcini. Oferta conține detalii foarte precise și amănunțite, chiar anumite denumiri ale unor obiective pe care autoritatea contractantă le deține sau urmează să le construiască, denumiri pe care nu știe de unde le are contestatoarea și care nu sunt publice.

Un alt aspect subliniat de autoritatea contractantă este că ținând cont de principiile legislației achizițiilor publice, în orice moment al desfășurării procesului de evaluare se poate întoarce asupra deciziilor luate și poate reanaliza ofertele și lua măsurile de remediere pe care le consideră necesare. De asemenea, ... susține că nu a favorizat nici unul din ofertanți, a procedat cu atenție la analizarea și evaluarea fiecărei oferte în parte, iar contestatarul putea solicita accesul la dosarul achiziției înainte de a formula contestația, fapt ce ar fi fost posibil conform art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, pe cale de excepție ca tardivă, iar, pe fond, ca nefondată.

Prin adresa nr. 19320/10.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56022/15.11.2022, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin adresa nr. 218/16.11.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 56779/18.11.2022, ... a formulat un răspuns cu privire la punctul de vedere depus de autoritatea contractantă:

Referitor afirmația ..., potrivit căreia *„contestația nu poate fi admisibilă, deoarece oferta depusă de către ..., a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă (...) oferta este considerată neadecvată (...)”*, contestatoarea redă definiția cuvântului neadecvat și se întreabă cum poate fi considerată oferta sa „neadecvată”, când în cadrul propunerii sale tehnice se regăsesc întocmai produsele, respectiv serviciile pe care și-a asumat să le asigure autorității contractante, cu respectarea cerințelor imperative expuse de aceasta în cadrul fișei de date a achiziției.

În cele ce urmează, ... citează din propunerea sa tehnică și prevederile considerate relevante din fișa de date a achiziției.

Sub aspectul „erorii” invocate de către autoritatea contractantă, contestatoarea învederează următoarele:

Prin punctul de vedere depus de autoritatea contractantă, această invocă o eroare din cadrul tabelului de evaluare prin care oferta ... a fost expusă ca „ofertă admisibilă” (admisibilă datorită unei erori învederate în cadrul tabelului de evaluare), însă mergând mai departe eroarea se perpetuează și în cadrul platformei SEAP, când este necesară o nouă operațiune pentru a putea accede în etapa următoare și, culminând cu o nouă „eroare”, atunci când comisia de evaluare, aflându-se în etapa financiară consideră oportun a transmite contestatoarei o clarificare de justificare preț.

Raportat la acest scurt istoric al demersului prezentei proceduri, ... se întreabă cum este posibil ca eroarea din cadrul tabelului de evaluare cu privire la ofertă să aibă ca efect declararea ofertei ca admisibile în cadrul platformei SEAP, iar ulterior trecerea în etapa evaluării financiare unde se regăsește chiar și o clarificare de justificare a prețului ofertat, demers ce s-a finalizat cu:

„Pentru aceste motive comisia decide întoarcerea la faza de evaluare tehnică și declararea ofertei depusă de ..., ca inacceptabilă și neconformă”.

Sub aspectul răspunsului consolidat la solicitările de clarificări, contestatoarea menționează următoarele:

Prezenta procedură s-a desfășurat în întregime în sistem online, conform modalității alese de autoritatea contractantă, aspect ce conferă posibilitatea operatorilor economici interesați de a solicita clarificări doar prin intermediul platformei SEAP, inclusiv răspunsul autorității contractante trebuind să parvină prin intermediul aceleiași metode, în timpul stabilit tot de aceasta.

În cele ce urmează, ... reproduce prevederile din documentația de atribuire, și anume: *„Număr zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/ candidaturilor 4. Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar tuturor solicitărilor de clarificări cu 2 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor”* și arată că răspunsul la clarificări a fost publicat în data de 28.09.2022, în condițiile în care termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost de 29.09.2022. Cu alte cuvinte, autoritatea contractantă încearcă să-și acopere propriile neconcordanțe/inadvertențe prin transferul responsabilității pe seama ofertanților, invocându-și practic propria culpă într-un demers de critică/respingere a ofertei/ofertelor .

Sub aspectul „schimbării caracterului contractului” și al prețului neobișnuit de scăzut, contestatoarea menționează următoarele:

Prevederea legală în baza căreia autoritatea contractantă își fundamentează toate elementele descalificării propunerii financiare a ..., respectiv HG nr. 363/2010, actualizată, este în prezent abrogată prin intermediul OUG nr. 85/2018, inclusiv elementele de cost pentru cheltuieli indirecte și profit: procentul de 10% și, respectiv, de 5%.

Mai mult decât atât, contestatoarea menționează că în ceea ce privește obiectul prezentului contract, inclusiv acesta este reglementat de legiuitor: art. 35 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 *„În cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii sociale și alte servicii specifice, prevăzute în anexa nr. 2, cât și alte servicii, precum și în cazul contractelor mixte care au ca obiect atât servicii, cât și produse, obiectul principal se determină în funcție de cea mai mare dintre valorile estimate ale serviciilor sau produselor respective”,*

Ori, în cazul ..., valoarea serviciilor conexe (plantare, transport, manipulare, locație), așa cum a precizat și în cadrul răspunsului la clarificări, reprezintă un quantum sub 50% din totalul ofertei depuse.

Astfel, plecând de la afirmația autorității contractante referitoare la faptul că, *„într-adevăr oferta de preț în ansamblul ei nu pare neobișnuit de scăzută”* și, având în vedere prevederile art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016 conform căroră *„În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv,* contestatoarea reiterează că oferta sa se află la un procentaj de 81,05% din valoarea estimată a prezentei proceduri.

De asemenea, ... menționează că a pus la dispoziția autorității contractante toate elementele de cost care au stat la baza fundamentării prețului propus, inclusiv oferta fermă de preț a furnizorului/producătorului său, datată înainte de data limită a depunerii ofertelor, respectiv inclusiv materiale foto descriptive (poze) efectuate în pepiniera producătorului/furnizorului său (și nu poze orientative de pe internet cu posibile produse).

Sub aspectul tardivității contestației depuse, ... susține următoarele:

Din elementele prezente în cadrul dosarului de achiziție, reiese fără pic de tăgadă faptul că singurele acte atacabile de către ..., în calitatea de ofertant și persoana lezată în cadrul prezentei proceduri, sunt adresa nr. 18.331/26.10.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii și raportul procedurii nr. 18330/26.10.2022, documente emise de ... și comunicate societății sale la data de 26.10.2022, contestația sa fiind depusă la data de 31.10.2022, fapt ce demonstrează în concret respectarea termenului legal impus de legislația în vigoare în vederea procedurilor de contestare, respectiv 7 zile de la data transmiterii documentului.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 56838/18.11.2022, ... a înaintat dovada transmiterii punctului său de vedere către contestatoare.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 56878/18.11.2022, autoritatea contractantă precizează că a publicat în SEAP contestația depusă de ... în SEAP.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 56921/18.11.2022, ... a înaintat dovada publicării contestației în SEAP.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 57721/23.11.2022, autoritatea contractantă a înaintat oferta depusă de ... în format electronic.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 57999/24.11.2022, ... a înaintat print screen-uri din SEAP care demonstrează semnarea ofertei cu semnătură electronică extinsă.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Achiziție și plantare arbori pentru amenajare aliniamente pe domeniul public al ...”, cod CPV 03452000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../22.09.2022, stabilind „termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare”, la data de 29.09.2022, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, 890.000 lei.

Așa cum rezultă din Declarația de participare publicată de către autoritatea contractantă în SEAP la data de 29.09.2022 ora 15:06, la prezenta procedură de atribuire au depus oferte 7 operatori economici.

Prin Raportul procedurii nr. 18330/26.10.2022, Comisia de evaluare a declarat admisibilă o singură ofertă, cea depusă de ofertantul ... SRL, pe care a și declarat-o câștigătoare, restul ofertelor fiind respinse în etapa de evaluare tehnică.

Nemulțumită de acest rezultat, societatea ... a formulat contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând următoarele:

- anularea adresei nr. 18331/26.10.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. 18330/26.10.2022, în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse de contestatoare, precum și a tuturor proceselor-verbale intermediare care au stat la baza emiterii actelor contestate;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... cu respectarea documentației de atribuire și a prevederilor legale, precum și la desemnarea ofertei câștigătoare din rândul ofertelor declarate admisibile, prin aplicarea criteriului prevăzut în fișa de date.

... a depus la dosarul cauzei, în original, dovada respectării prevederilor art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, respectiv Recipisa de consemnare nr. 208534222/1 din data de 31.10.2020, eliberată de CEC Bank – Sucursala Arad, în sumă de 17.800 lei.

Recipisa de consemnare se va restitui în condițiile stipulate de art. 1.064 din Codul de procedură civilă, coroborate cu dispozițiile art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Preliminar analizării fondului contestației, Consiliul procedează la analiza solicitării autorității contractante de a respinge ca tardivă contestația formulată de

Analizând punctul de vedere formulat de ..., Consiliul constată că în cadrul acestuia nu se regăsesc niciun fel de susțineri în legătura cu excepția invocată, astfel încât aceasta va fi respinsă ca nesusținută.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că autoarea contestației formulează critici cu privire la decizia autorității contractante de a-i respinge oferta.

În ceea ce privește primul motiv de respingere a ofertei contestatoarei referitor la nerespectarea termenului de livrare, Consiliul constată următoarele:

Analizând prevederile Caietului de sarcini, Consiliul reține că în cadrul acestuia, autoritatea contractantă a menționat următoarea specificație tehnică:

„6. Durata Contractului și Perioada de livrare

*Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim **5 de zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului***

Contractul intră în vigoare la data semnării de către ambele părți și este valabil până la îndeplinirea clauzelor contractuale de către ambele părți”.

În modelul de formular de contract de furnizare, inclus de către autoritatea contractantă în documentația de atribuire, se regăsesc următoarele precizări:

„Art. 4. Durata contractului și termenul de furnizare și montare

4.1. Prezentul contract intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate.

4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract”.

Analizând Fișa de date a achiziției, Consiliul reține la punctul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat următoarele:

„Ofertantul va întocmi propunerea tehnică în conformitate cu cerințele și specificațiile tehnice minime menționate în Caietul de sarcini, anexat documentației de atribuire, pentru fiecare lot în parte. Se pot depune oferte pentru unul sau mai multe loturi.

Specificațiile tehnice prezentate în caietul de sarcini trebuie interpretate ca fiind caracteristici minime obligatorii acceptabile pentru achiziția produselor care fac obiectul contractului de achiziție. În acest sens, vor fi luate în considerare doar ofertele care îndeplinesc specificațiile minime, egale sau mai avantajoase față de cele minime prescrise. Ofertarea unor produse cu caracteristici tehnice inferioare celor prevăzute în caietul de sarcini atrage după sine respingerea ofertei ca fiind «neconformă» și descalificarea ofertantului.

Neîndeplinirea oricărei cerințe din documentația de atribuire, inclusiv din caietul de sarcini aferent, constituie motiv pentru respingerea ofertei. Lipsa propunerii tehnice din ofertă conduce la descalificarea acesteia ca inacceptabilă. În cazul unei oferte comune, propunerea tehnică va fi semnată de liderul asocierii precum și de toți ceilalți membri ai asocierii sau doar de liderul asocierii, în condițiile prezentării unui mandat expres de împuternicire din partea celorlalți asociați, conform Formularul nr. 1.

În cadrul propunerii tehnice operatorii economici vor prezenta o declarație pe proprie răspundere că pe perioada derulării ctr. se vor respecta condițiile referitoare la protecția mediului, social, securitate și sănătate în muncă conform art. 51 din L 98/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Se vor atașa în cadrul propunerii tehnice fotografii ale produselor solicitate.

De asemenea se vor descrie condițiile de întreținere.

Se va prezenta declarație de acceptare a condițiilor contractuale sau modelul de contract însoțit de operatorul economic”.

Anterior „termenului limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare” (**29.09.2022**), autoritatea contractantă a publicat în SEAP, răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 16428/**28.09.2022**, în cadrul căruia se regăsește „Clarificare din oficiu 1” având următorul conținut: „**Termenul de livrare și plantare este de 5**

zile de la semnarea contractului, conform clauzelor contractuale, art. 4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de maxim 5 zile de la semnarea prezentului contract”.

În ceea ce privește critica autoarei contestației referitoare la faptul că răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 16428/**28.09.2022**, a fost publicat în SEAP la data de 28.09.2022, în condițiile în care termenul limită pentru depunerea ofertelor a fost la data de **29.09.2022**, fiind astfel încălcate dispozițiile fișei de date, punctul II.1.4), și anume:

„Număr zile până la care se pot solicita clarificări înainte de data limită de depunere a ofertelor/candidaturilor 4. Autoritatea contractantă va răspunde în mod clar tuturor solicitărilor de clarificări cu 2 zile înainte de termenul limită de depunere a ofertelor”, Consiliul o va respinge ca tardivă având în vedere prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Astfel în condițiile în care contestatoarea aprecia că răspunsul consolidat la solicitările de clarificări nr. 16428/**28.09.2022**, publicat în SEAP de autoritatea contractantă la data de 28.09.2022, încălca dispozițiile documentației de atribuire/prevederile legale în vigoare, trebuia să sesizeze CNSC în legătură cu acest aspect în cadrul termenului prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016, critica în discuție fiind, în prezent, tardivă.

Analizând documentul încărcat de către contestatoare în SEAP, intitulat „Ofertă tehnică”, CNSC reține următoarele:

- la pagina 4, ... a menționat următoarele:

„Durata contractului și perioada de livrare: Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim **5 zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului. Contractul intră în vigoare la data semnării de către ambele părți și este valabil până la îndeplinirea clauzelor contractuale de către ambele părți**”.

- la pag. 6, ... a menționat următoarele:

„Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și **data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare**”.

De asemenea, ofertanta contestatoare a încărcat în oferta sa, respectiv în propunerea tehnică, modelul de formular de contract de furnizare inclus în documentația de atribuire, dovedind astfel însușirea acestuia, inclusiv a dispozițiilor art. 4 – „Durata contractului și termenul de furnizare și montare:

4.1. Prezentul contract intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate.

4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de **maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract**”.

Analizând informațiile referitoare la termenul de livrare aflate în oferta contestatoarei, Consiliul constată că acestea sunt necorelate.

În cadrul Procesului-verbal privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile Caietului de sarcini, înregistrat sub nr. 17544/14.10.2022, membrii Comisiei de evaluare, au consemnat la pag. 23/29, în ceea ce privește propunerea tehnică a contestatoarei, în legătură cu respectarea cerinței „*Termen de livrare și plantare 5 zile de la semnarea contractului*” următoarele: „*Termen de livrare 5 zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului. Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare*”, precum și sintagma „*Se solicită clarificări*”. De asemenea, la aceeași pagină a procesului-verbal Comisia de evaluare a menționat „*Rezultatul evaluării: conformă și admisibilă*”, omițând să transmită contestatoarei solicitarea de clarificări referitoare la termenul de livrare.

Informații referitoare la faptul că oferta contestatoarei a fost declarată „conformă și admisibilă” în etapa de evaluare a propunerilor tehnice se regăsesc și în Procesul-verbal privind evaluarea ofertelor financiare inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 17816/19.10.2022, la pag. 2/4. În cadrul aceluiași document, la pag. 3/4, după decriptarea „ofertelor financiare”, Comisia de evaluare a menționat următoarele în ceea ce privește ofertanta contestatoare: „*(...) comisia reanalizând documentele și oferta tehnică depusă de operatorul economic ... constată că la termenul de livrare existau neconcordanțe și contradicții între cele declarate de ofertant în propunerea tehnică și cerințele autorității contractante din caietul de sarcini, modelul de contract și clarificarea dinainte de termenul de depunere a ofertelor și din eroare aceasta a fost declarată admisă, deși trebuiau solicitate clarificări, așa cum apare consemnat în procesul verbal nr. 17544/14.10.2022 și din eroare comisia a omis să solicite clarificări. Ținând cont de principiul asumării răspunderii, de principiul tratamentului egal, al proporționalității, al nediscriminării și tratamentului egal comisia decide solicitarea de clarificări (...) Clarificarea termenului de livrare și plantare care conform cerințelor autorității contractante acesta trebuie să fie 5 zile de la semnarea contractului, inclusiv livrarea, plantarea și recepția*”.

În acest sens, Comisia de evaluare a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 17817/19.10.2022, în cuprinsul căreia se regăsesc, printre altele, următoarele:

„*Ca urmare a evaluării ofertei dvs. tehnice și financiare depuse în cadrul procedurii cu obiectul mai sus menționat comisia de evaluare a decis să vă solicite clarificări cu privire la următoarele aspecte: (...) Vă rugăm să clarificați termenul de livrare și plantare pentru arborii ce urmează a fi livrați și plantați. Conform clarificării autorității contractante și conform condițiilor contractuale acesta este de 5 zile de la data semnării contractului, termen care include livrarea, plantarea și recepția produselor de către achizitor. În cadrul propunerii dumneavoastră*

tehnice: «Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare».

Față de aspectele menționate (...) vă rugăm să clarificați”.

La această solicitare de clarificări, contestatoarea a răspuns precizând următoarele:

„Sub aspectul detaliat la pct-ul nr. 2 al solicitării dvs. de clarificări, menționăm faptul că dintr-o eroare materială subscrisa a uzitat termenul «comandă fermă» asupra termenului de livrare aferente produselor ce urmează a fi furnizate către dvs.

Totodată însă menționăm, faptul că eroarea survenită în cadrul ofertei înaintate a fost și ca urmare a reiterării însăși a mențiunilor dvs. în cadrul caietului de sarcini: «Durata contractului și perioada de livrare: «Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim 5 de zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului».

De asemenea, ținem să precizăm faptul că, în cadrul propunerii tehnice înaintate încă de la data limită de depunere a ofertelor, subscrisa a depus formularul intitulat ANGAJAMENT PRIVIND EXECUTAREA CONTRACTULUI ÎN CONDIȚIILE IMPUSE PRIN DOCUMENTAȚIA DE ATRIBUIRE (reatașat prezentei), aspect ce învederează fără pic de tăgadă faptul ca subscrisa a fost în cunoștință de cauză, asumându-și în totalitate toate condițiile impuse de autoritatea contractantă în legătură cu viitorul contract.

Pentru a conchide asupra aspectelor menționate mai sus, subscrisa SC ... nu întâmpină nicio problemă de ordin logistic în vederea furnizării plantelor solicitate de dvs. (indiferent de cantitatea solicitată) în termenul de **5 zile de la data semnării contractului, termen ce include livrarea, plantarea precum și recepția produselor**, astfel subliniem faptul că ne asumăm în întregime termenul de 5 zile așa cum acesta a fost menționat, respectând astfel întocmai cerința impusă de autoritatea contractantă în cadrul documentației de atribuire, sens în care depunem alăturat inclusiv o Declarație pentru confirmarea celor precizate mai sus”.

Anexat acestui răspuns, contestatoarea a anexat următoarele documente:

- Angajament privind executarea contractului în condițiile impuse prin documentația de atribuire;
- Declarație privind asumarea termenului de livrare și a serviciilor conexe.

Răspunsul contestatoarei a fost analizat de Comisia de evaluare în cadrul Procesului-verbal nr. 18034/24.10.2022, în cadrul căruia au consemnat următoarele:

„Referitor la termenul de livrare care inițial în cadrul propunerii tehnice era menționat: «Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii

comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare», operatorul economic prin răspuns (...) modifică termenul de livrare din 5 zile lucrătoare de la semnarea contractului în 5 zile de la semnarea contractului, fapt ce trebuia menționat încă de la început prin propunerea tehnică și care a fost menționat și în răspunsul la solicitarea de clarificări postat de autoritatea contractantă în SEAP înainte de termenul limită de depunere a ofertelor. Mai mult termenul de 5 zile ofertat trebuia să cuprindă de la început livrarea, plantarea și recepția arborilor. Prin acceptarea răspunsului comisia ar crea un avantaj clar operatorului economic și nu ar asigura tratamentul egal al tuturor operatorilor economici înscrși în procedură, fapt ce contravine principiilor de la art. 2 alin. (2) din Legea 98/2016 cu modificările și completările ulterioare. Modalitatea de elaborare a ofertei este în sarcina exclusivă a ofertantului, acesta își asumă toate riscurile, iar la depunerea ofertei trebuie avute în vedere prevederile art. 123-125 din HG 395/2016 cu modificările și completările ulterioare. Pentru aceste motive comisia decide întoarcerea la faza de evaluare tehnică și declararea ofertei depusă de SC ... ca inacceptabilă și neconformă, conform cu prevederile art. 134 alin. (6) și alin. (9) lit. e) din HG nr. 395/2016 (...).

În ceea ce privește decizia Comisiei de evaluare de a relua procedura de atribuire din etapa verificării propunerii tehnice a contestatoarei, după decriptarea propunerii financiare, Consiliul constată că aceasta nu încalcă legislația în vigoare în materia achizițiilor publice, pentru următoarele motive:

În speță nu este incidentă Decizia nr. 66/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție care a interpretat prevederile art. 65, art. 104 alin. (3), art. 133 și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, forma în vigoare la data sesizării Curții care prevedeau, printre altele, la art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, obligația autorității contractante de a comunica ofertanților rezultatul finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la art. 65 alin. (1) și (2) din același act normativ.

Fiind comunicate ofertanților în temeiul art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016, deciziile autorității contractante cu privire la rezultatul finalizării anumitor faze de evaluare puteau face obiectul contestațiilor formulate de respectivi operatori economici pentru ca, ulterior, să intre în circuitul civil.

Aceste prevederi ale art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr. 395/2016 au fost abrogate prin art. V pct. 45 din HG nr. 419/2018, situație în care sunt incidente prevederile art. 521 coroborat cu art. 518 Cod procedură civilă care dispun faptul că „decizia în interesul legii își **încetează aplicabilitatea la data modificării, abrogării sau constatării neconstituționalității dispoziției legale care a făcut obiectul interpretării**”.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că Decizia nr. 66/2018 nu este aplicabilă procedurilor inițiate după intrarea în vigoare a HG nr. 419/2018 prin care au fost abrogate art. 65 alin. (3) și (4) din HG nr.

395/2016, respectiv după data publicării în Monitorul Oficial, Partea I nr. 496 din 18.06.2018.

Ori, întrucât procedura în cadrul căreia a fost formulată contestația care face obiectul prezentului dosar a fost inițiată la data de 22.09.2022, prin publicarea anunțului de participare simplificat nr. .../ 22.09.2022 și, implicit, după data încetării aplicabilității Deciziei nr. 66/2018, Consiliul apreciază că Decizia nr. 66/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție nu are aplicabilitate în speță.

În evaluarea ofertelor, autoritatea contractantă este ținută de respectarea principiilor achizițiilor publice și chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat între principiile de la art. 2 din legea achizițiilor publice, acest principiu este statuat în Codul Administrativ, fiind pe deplin aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă.

Pentru a se preveni o evaluare greșită a ofertei contestatoarei (în condițiile în care din documentele aflate la dosarul cauzei rezultă în mod cert faptul că în cadrul Procesului-verbal nr. 17544/14.10.2022 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile Caietului de sarcini, membrii Comisiei de evaluare, au consemnat, din eroare, în ceea ce privește oferta contestatoarei *„Rezultatul evaluării: conformă și admisibilă”*, omițând să-i transmită acesteia solicitarea de clarificări referitoare la termenul de livrare, Comisia de evaluare putea să reia procedura de atribuire chiar din etapa verificării propunerii tehnice a contestatoarei, aceasta având dreptul de a solicita, **cu respectarea dispozițiilor art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016**, clarificarea de către ofertant a unor aspecte menționate în propunerea sa tehnică în legătură cu termenul de livrare.

În consecință, Consiliul apreciază că îi este permisă comisiei responsabile desemnată de către autoritatea contractantă verificarea completă a ofertei contestatoarei, indiferent de momentul la care s-a ajuns.

În susținerea acestei concluzii, se are în vedere, în primul rând, faptul că legislația pe linie de achiziții publice nu instituie excepții de la regula irevocabilității actelor administrative individuale, reglementată de dreptul comun, respectiv de Legea nr. 554/2004.

Scopul declarat textual al Legii nr. 101/2016 îl constituie asigurarea, la nivel național, a unor mecanisme și proceduri efective, rapide și eficiente de sesizare și remediere a neregulilor, care să garanteze respectarea dispozițiilor legale privind atribuirea contractelor, iar o asemenea garantare nu înseamnă, în niciun caz, a ignora încălcări ale legii sub pretextul că autoritatea a depășit o anumită etapă în evaluarea ofertelor.

În plus, în materia achizițiilor publice, care ține de dreptul administrativ, de interesul public și de imperativul legalității, opțiunea autorității de a-și revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu,

există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, autoritatea este în drept să își revizuiască actele atacate și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea.

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante în etapa de reevaluare, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul va respinge criticile contestatoarei referitoare la faptul că după decriptarea propunerii financiare, autoritatea contractantă a reluat evaluare propunerii sale tehnice, prin solicitarea de clarificări.

În ceea ce privește decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoare pentru nerespectarea termenului de livrare, Consiliul o apreciază ca fiind eronată, pentru următoarele considerente:

În propunerea tehnică a contestatoarei, informațiile referitoare la termenul de livrare erau necorelate.

Astfel:

1. la pagina 4, din propunerea tehnică ... a menționat următoarele:

*„Durata contractului și perioada de livrare: Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim **5 zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului.** Contractul intră în vigoare la data semnării de către ambele părți și este valabil până la îndeplinirea clauzelor contractuale de către ambele părți”.*

Analizând modelul de contract de furnizare inclus în documentația de atribuire de autoritatea contractantă, Consiliul constată că în cadrul acestuia se menționează, la art. 4, că înscrisul **„intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate”**, în cadrul acestui document nefăcându-se referire la faptul că achizitorul ar mai trebui să emită vreo comandă fermă pentru furnizarea de către ofertantul desemnat câștigător a arborilor.

În aceste condiții, semnarea contractului coincide cu emiterea unei comenzi ferme astfel încât mențiunea din propunerea tehnică a contestatoarei referitoare la faptul că *„Furnizarea arborilor se va face în termen de maxim **5 zile de la primirea comenzii ferme din partea achizitorului,** nu poate fi interpretată decât în sensul că furnizarea arborilor se va face în termen de 5 zile de la semnarea contractului.*

2. la pag. 6 a propunerii tehnice, ... a menționat următoarele:

*„Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și **data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare**”.*

3. Ofertanta contestatoare a încărcat în propunerea tehnică și modelul de formular de contract de furnizare inclus în documentația de atribuire, dovedind astfel însușirea acestuia, inclusiv a dispozițiilor art. 4 – *„Durata contractului și termenul de furnizare și montare:*

4.1. *Prezentul contract intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, **perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate.***

4.2. *Produsele vor fi furnizate în termen de **maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract**.*

Toată oferta contestatoarei (inclusiv modelul de formular de contract), este semnată cu semnătură electronică extinsă așa cum rezultă din probatoriul administrat la dosarul cauzei de către contestatoare, în speță fiind incidente dispozițiile Legii nr. 455/2001 privind semnătura electronică:

- art. 4:

„În înțelesul prezentei legi: (...)

4. semnătură electronică extinsă reprezintă acea semnătură electronică care îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

a) este legată în mod unic de semnatar;

b) asigură identificarea semnatarului;

c) este creată prin mijloace controlate exclusiv de semnatar;

d) este legată de datele în formă electronică, la care se raportează în așa fel încât orice modificare ulterioară a acestora este identificabilă”.

- art. 5:

„Înscrisul în formă electronică, căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat nesuspendat sau nerevocat la momentul respectiv și generată cu ajutorul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii electronice, este asimilat, în ceea ce privește condițiile și efectele sale, cu înscrisul sub semnătură privată”;

- art. 6:

„Înscrisul în formă electronică, căruia i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică, recunoscut de către cel căruia i se opune, are același efect ca actul autentic între cei care l-au subscris și între cei care le reprezintă drepturile”;

- art. 7:

„În cazurile în care, potrivit legii, forma scrisă este cerută ca o condiție de probă sau de validitate a unui act juridic, un înscris în formă electronică îndeplinește această cerință dacă i s-a încorporat, atașat sau i s-a asociat logic o semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat și generată prin intermediul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii”.

Din dispozițiile legale de mai sus, rezultă că semnătura electronică extinsă este creată pe baza unui certificat digital calificat emis de un furnizor acreditat de servicii de certificare și a unei aplicații specializate pe crearea semnăturii. Semnătura creată astfel are valoare legală și garantează datelor semnate **autenticitatea și integritatea**, astfel încât semnatarul documentelor răspunde conform dispozițiilor legale în vigoare în situația în care prezintă ca fiind adevărate informații false.

Semnarea de către contestatoare, cu semnătură electronică extinsă a întregii propuneri tehnice, prin urmare și a modelului de formular de contract, reprezintă o demonstrație a faptului că încă de la încărcarea în SEAP a propunerii tehnice, ofertanta contestatoare a dovedit însușirea dispozițiilor art. 4 din contract care stipulează următoarele:

„Durata contractului și termenul de furnizare și montare:

*4.1. Prezentul contract intră în vigoare la data semnării acestuia de către părți și își produce efectele până la 31 decembrie 2021, **perioadă ce include livrarea, recepția și plata produselor furnizate.***

*4.2. Produsele vor fi furnizate în termen de **maxim 5 de zile de la semnarea prezentului contract**”.*

În legătură cu plantarea produselor furnizare, Consiliul reține și faptul că în propunerea tehnică a contestatoarei, la pagina 3, se precizează că „Plantarea se va face **imediat** ce arborii au fost livrați pentru a evita deshidratarea plantelor”, fiind astfel îndeplinită cerința caietului de sarcini referitoare la faptul că „Plantarea se va face **imediat** ce arborii au fost livrați (...)”.

Având în vedere informațiile necorelate referitoare la termenul de livrare existente la nivelul propunerii tehnice a contestatoarei, Consiliul apreciază că în mod corect membrii Comisiei de evaluare au solicitat contestatoarei, prin adresa nr. 17817/19.10.2022, clarificarea termenului de livrare și plantare pentru arborii ce urmează a fi livrați și plantați, deși nu au observat decât unul din aspectele referitoare la termenul de livrare menționate în propunerea tehnică a contestatoarei, și anume: „Termenul de livrare al produselor asumat de subscrisa, termen calculat ca perioadă cuprinsă între data emiterii comenzii ferme de către achizitor (scrisă sau verbală) și data livrării efective a acestora la locația de livrare convenită este de maxim 5 zile lucrătoare”, ignorând informațiile de la pag. 4 a propunerii tehnice (reproduse la pag. 19 a prezentei decizii), precum și însușirea, fără obiecțiuni, de către contestatoare a modelului de contract inclus în documentația de atribuire.

Solicitarea de clarificări a fost întemeiată pe dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și se circumscrie, întru-totul, în opinia Consiliului, dispozițiilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele: „Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia”.

Faptul că prin răspunsul la clarificări nr. 199/20.10.2022, contestatoarea a confirmat faptul că va furniza și va planta arborii în cadrul termenului de 5 zile de la data semnării contractului, nu reprezintă altceva decât o clarificare formală sau de confirmare, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2015 (în condițiile în care informațiile de bază referitoare la termenul de livrare și plantare s-au aflat la dispoziția autorității contractante, încă de la data

limită de depunere a ofertelor astfel cum Consiliul a arătat deja în considerentele anterioare) și nici dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertanta contestatoare nu a modificat conținutul propunerii tehnice și doar a clarificat informații necorelate existente în conținutul acestui document.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază ca fiind eronat reținut de către autoritatea contractantă motivul de respingere a ofertei contestatoarei referitor la nerespectarea termenului de livrare și plantare.

În continuare, Consiliul procedează la analiza celui de-al doilea motiv de respingere a ofertei contestatoarei referitor la prețul ofertat.

Analizând prețurile oferite în cadrul procedurii de atribuire, Consiliul reține următoarele:

- ofertanta contestatoare ... a prezentat o ofertă de preț de 721.350 lei fără TVA (81,05% din valoarea estimată);
- ofertantul desemnat câștigător ... SRL a prezentat o ofertă de preț de 723.550 lei fără TVA (81,3% din valoarea estimată).

Verificând activitatea Comisiei de evaluare, Consiliul reține că în cadrul Procesului-verbal nr. 17816/19.10.2022 privind evaluarea ofertelor financiare inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice, membrii acesteia au decis să solicite ofertantului contestator defalcarea prețului arborilor.

În acest sens, Comisia de evaluare a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 17817/19.10.2022, în cuprinsul căreia se regăsesc, printre altele, următoarele:

„Ca urmare a evaluării ofertei dvs. tehnice și financiare depuse în cadrul procedurii cu obiectul mai sus menționat comisia de evaluare a decis să vă solicite clarificări cu privire la următoarele aspecte:

Defalcarea, componența și justificarea prețurilor din anexa la formularul de ofertă pentru a se asigura că diverse componente din prețul ofertat nu sunt neobișnuit de scăzute în raport cu prevederile legale în vigoare, ținând cont de faptul că sunt articole cu cote de TVA diferite”.

La această solicitare de clarificări, contestatoarea a răspuns, prin adresa nr. 199/20.10.2022) prezentând următoarele:

- o ofertă de preț de la ... din care rezultă prețul de achiziție pentru tei alb și platan, respectiv 50 euro/buc.;
- un tabel centralizator în cadrul căruia sunt evidențiate, pentru fiecare produs-ofertat (tei alb – 220 buc. și platan – 925 buc.), următoarele informații:
 - prețul licitat/produs (tei alb, platan), fără TVA – **630 lei**;
 - prețul de achiziție furnizor – 50 euro (**247,10 lei**);
 - preț plantat + transport + manipulare locație – 35 euro (**173,03 lei**);
 - preț produs cu servicii incluse – **420,22 lei**;
 - salarii 18%;

- amortizări 4%;
- transport intern + manipulare marfă 8%;
- chirii 4%;
- alte cheltuieli 10,9193%;
- profit 5%;
- total preț ofertat (lei fără TVA).
- Din analiza acestor valori rezultă următoarele informații:
 - total valoare produse cu servicii incluse/total cantitate (lei fără TVA) – 481.151,90 lei;
 - total cheltuieli indirecte: 216.130,20 lei;
 - profit: 24.067,20 lei
 - total valoare licitată: 721.350 lei.

În cadrul răspunsului la clarificări, ofertanta contestatoare a menționat faptul că *„aferent sumelor indicate și defalcate mai sus se vor aplica cotele de TVA, conform prevederilor legislative aflate în vigoare la data emiterii facturii aferente fiecărei categorii de produse/servicii oferite”*.

Răspunsul contestatoarei a fost analizat de Comisia de evaluare în cadrul Procesului-verbal nr. 18034/24.10.2022, în cadrul căruia au consemnat următoarele:

„Din analiza defalcării transmise de operatorul economic se constată un procent neobișnuit de ridicat și nejustificat pentru cheltuielile indirecte, respectiv 216.130,20 lei fără TVA, reprezentând un procent de aproximativ 45%, ceea ce poate duce la schimbarea caracterului contractului, din furnizare în lucrări. Conform HG 363/2010 cu modificările, completările și actualizările ulterioare pentru eficientizarea cheltuielilor din fonduri publice pentru capitolele/subcapitolele de cheltuieli necuprinse în standardul de cost se iau în considerare următoarele niveluri maxime de cheltuieli, exprimate în procent, astfel: pentru cheltuieli indirecte și profit: procentul de 10% și, respectiv, de 5%. Procentul de 45% pentru cheltuieli indirecte este neobișnuit de ridicat, nu are o bază reală de justificare și nu asigură cheltuirea eficientă a banilor publici. La stabilirea valorii estimate autoritatea contractantă a ținut cont de prețurile existente pe piață pentru arbori de dimensiuni similare și prețurile găsite se situau între 480 și 2.100 lei pentru arbori cu circumferința de 12-14 cm și înălțimi de peste 3 metri. Deci prețul ofertat de operatorul economic, 247,19 lei fără TVA/buc., pare foarte mic și nu garantează autorității contractante furnizarea produselor solicitate.

Conform art. 136 alin. (1) din HG 395/2016 *«(1) în situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire»*.

Din analiza răspunsului la solicitarea de clarificări cu privire la componența prețului nu reiese capacitatea de furnizare a unor produse de calitate, cea mai mare pondere în preț fiind manoperă, salarii, și alte cheltuieli care par chiar a fi umflate și puse artificial”.

Analizând decizia autorității contractante de a respinge oferta contestatoarei pentru acest motiv, Consiliul o apreciază ca fiind eronată pentru următoarele motive:

Deși propunerea financiară a contestatoarei reprezintă 81,05% din valoarea estimată și nu se încadrează în dispozițiile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu prevederile art. 136 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *„În sensul prevederilor art. 210 alin. (1) din Lege, o ofertă prezintă un preț aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urmează a fi furnizat, executat sau prestat atunci când prețul ofertat, fără TVA, reprezintă mai puțin de 80% din valoarea estimată a contractului respectiv”,* în conformitate cu dispozițiile art. 136 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *„În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire”.*

Analizând conținutul actului atacat, respectiv adresa nr. 18331/26.10.2022 privind comunicarea rezultatului procedurii transmisă contestatoarei, Consiliul reține că membrii Comisiei de evaluare au considerat că prețul ofertat de contestatoare de 247,19 lei fără TVA/buc. este foarte mic și nu garantează autorității contractante furnizarea produselor solicitate, în condițiile în care la stabilirea valorii estimate a ținut cont de prețurile existente pe piață pentru arbori de dimensiuni similare și prețurile găsite se situau între 480 și 2.100 lei.

Ceea ce omite autoritatea contractantă este faptul că ofertanta contestatoare i-a prezentat o ofertă de preț, stampilată, emisă de ..., pentru prezenta procedură de atribuire (deoarece conține cantitățile de arbori solicitate prin Caietul de sarcini, respectiv, tei alb – 220 buc. și platan – 925 buc.), din care rezultă prețul de achiziție pentru tei alb și platan, respectiv 50 euro/bucată.

De asemenea, așa cum rezultă din justificarea prețului înaintată autorității contractante prin răspunsul la clarificări, ofertanta contestatoare a cotațat separat *„preț plantat + transport + manipulare locație – 35 euro (**173,03 lei**)”,* rezultând un *„preț produs cu servicii incluse de **420,22 lei**”* (247,19 lei + 173,03 lei), la care se mai adaugă un preț *„transport intern + manipulare marfă”* de **33,617600 lei/buc.**, valori care în oferta desemnată câștigătoare nu sunt evidențiate separat întrucât prețul furnizorului ... include *„toate costurile de transport pentru livrarea plantelor cât și manipularea lor”,* astfel cum rezultă din documentele aflate la dosarul cauzei (adresa ... SRL nr. 4/24.10.2022).

Față de explicațiile/calculele ofertantei contestatoare din adresa nr. 199/20.10.2022, la care a fost anexată oferta primită de aceasta de la ... (furnizor), din care **nu rezultă că prețul de achiziție ar include transportul și manipularea** și luând în considerare dispozițiile art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele: „*Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, 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*”, Consiliul apreciază că în speță nu sunt incidente prevederile art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele: „*În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă*”.

În cazul în care membrii Comisiei de evaluare apreciau că anumite informații din justificarea contestatoarei nu erau clare, puteau să-i solicite acesteia noi clarificări, nu să decidă respingerea acestei oferte, în condițiile în care ofertantul a prezentat, prin răspunsul la clarificări, explicații și documente justificative referitoare la prețul de achiziție.

În ceea ce privește trimiterile autorității contractante din cadrul actului atacat, referitoare la dispozițiile HG nr. 363/2010 privind aprobarea standardelor de cost pentru obiective de investiții finanțate din fonduri publice, Consiliul le apreciază ca nerelevante cauzei întrucât acest act normativ a fost abrogat prin OUG nr. 85/2018.

Fiecare ofertant are libertatea de a-și prevedea propriile valori ale cheltuielilor indirecte și ale profitului, prezentul contract supus achiziției fiind unul oneros [art. 3 alin. (1) lit. I) din Legea nr. 98/2016].

În acest sens, trebuie avută în vedere, cu titlu general, și modalitatea de calculare a costurilor potrivit Ordinului ministrului finanțelor publice nr. 1826/2003, care stabilește la pct. 2.3 care sunt cheltuielile aferente unui contract.

Astfel, este făcută distincție lipsită de echivoc între cheltuielile directe și cele indirecte (acele cheltuieli care **nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație**, ci privesc întreaga producție a persoanei juridice în ansamblul ei):

„Cheltuielile directe sunt acele cheltuieli care se identifică pe un anumit obiect de calculație (produs, serviciu, lucrare, comandă, fază, activitate, funcție, centru etc.) încă din momentul efectuării lor și ca atare se includ direct în costul obiectelor respective.

Cheltuielile directe cuprind: costul de achiziție al materiilor prime și materialelor directe consumate, energia consumată în scopuri tehnologice, manopera directă (**salarii**, asigurări și protecția socială etc.), **alte cheltuieli directe**.

Cheltuielile indirecte sunt acele cheltuieli care nu se pot identifica și atribui direct pe un anumit obiect de calculație, ci privesc întreaga producție a unei secții sau a persoanei juridice în ansamblul ei.

Cheltuielile indirecte cuprind:

- regia fixă de producție, formată din cheltuielile indirecte de producție care rămân relativ constante indiferent de volumul producției, cum ar fi: amortizarea utilajelor și echipamentelor, întreținerea secțiilor și utilajelor, precum și cheltuielile cu conducerea și administrarea secțiilor;*
- regia variabilă de producție, care constă în cheltuielile indirecte de producție, care variază în raport cu volumul producției, cum ar fi: cheltuielile indirecte cu consumul de materiale și forța de muncă”.*

În raport de cele anterior menționate, în speță, autoritatea contractantă ar fi trebuit să facă distincția corectă între cheltuielile directe și cele indirecte ale ofertantei contestatoare și să le identifice în mod corect.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că membrii Comisiei de evaluare au reținut ca eronat și acest motiv de respingere a ofertei contestatoare.

În consecință, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., va anula, în parte, Raportul procedurii nr. 18330/26.10.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la oferta depusă de ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de ..., cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nesusținută, excepția invocată de autoritatea contractantă privind tardivitatea contestației formulată de

Admite contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

Anulează, în parte, Raportul procedurii nr. 18330/26.10.2022 și actele subsecvente acestuia, respectiv mențiunile referitoare la oferta

depusă de ..., precum și cele referitoare la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să continue procedura de atribuire prin reevaluarea ofertei depusă de ..., cu respectarea documentației de atribuire, a legislației incidente și a celor reținute în motivare.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 26 pagini.