CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 494/06.09.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 37618/07.09.2017 depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului J... şi Cod Unic de Înregistraren calitate de lider al Asocierii SC L, formulată împotriva actului administrativ nr. 243/25.08.2017, emis de către calitate de autoritate contractantă cu sediul în ...., referitoare la procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Execuţie lucrări pentru obiectivul de investiţii: Reabilitare Şcoala Profesională Dagîța, sat Dagîța, comuna Dagîța, judeţul Iaşi”, s-a solicitat:
- anularea comunicării nr. 243/25.08.2017,
- anularea raportului de atribuire şi a actelor subsecvente ce au stat la baza emiterii sale, în ceea ce priveşte oferta depusă de Asocierea SC ... SRL,
- reevaluarea ofertei Asocierii SC ... SRL.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 494/06.09.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 37618/07.09.2017, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, conform prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menţionează că în cursul procedurii de atribuire, respectiv în data de 09.08.2017, i-au fost solicitate clarificări cu privire la propunerea tehnică, cu adresa nr. 229/09.08.2017, la care aceasta a răspuns, transmiţând la data de 09.08.2017, nota de clarificări cu

răspunsurile şi justificările corespunzătoare în termenul fixat de către autoritatea contractantă în SEAP.

Contestatoarea arată că prin comunicarea de respingere a ofertei sale, comisia de evaluare îi comunică următoarele:

„În urma analizei efectuate asupra documentelor din propunerea tehnică şi a răspunsului la clarificări s-au stabilit următoarele:

1. S-a ofertat materialul ciment portland în cantitate de 294,5 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini material Ciment I 32,5 (P 40) saci. Materialul ofertat nu este cel conform caietului de sarcini.
2. S-a ofertat materialul ciment portland în cantitate de 77,19 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini material Ciment II A32,5 (Pa 35) saci. Materialul ofertat nu este cel conform caietului de sarcini.
3. Nu s-a ofertat Mortar adeziv Baumit în cantitate de 4.139,5 kg. Singurul material ofertat este Mortar Adeziv pentru Şpaclu Baumit.
4. S-a ofertat materialul Cablu din cupru cu izolaţie şi manta PVC sinbol cyyf de 3x50 mmp în cantitate de 45,89 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini – material Cablu din cupru cu izolaţie şi manta simbol cyyf de 3x50+25 mmp. Nu s-a respectat secţiunea cablului conform cerinţei caietului de sarcini.

Drept urmare:

În conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, se respinge oferta Asocierii SC … SRL, ca neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini".

Faţă de acest aspect, contestatoarea a formulat notificarea prealabilă nr. 487/29.09.2017, la care autoritatea contractantă a formulat răspunsul nr. 3165/01.09.2017, prin care aceasta din urmă şi-a menţinut măsurile dispuse în cadrul procedurii de atribuire.

Contestatoarea apreciază că cele reţinute de autoritatea contractantă atât prin documentele procedurii, cât şi prin răspunsul la notificarea prealabilă sunt neîntemeiate, din mai multe considerente:

Toate materialele ofertate sunt în conformitate cu Lista privind consumurile de resurse materiale din documentaţia de atribuire şi cu cerinţele caietului de sarcini. Oferta depusă respectă listele de cantităţi de lucrări corelate cu caietul de sarcini.

Contestatoarea precizează că aşa cum este specificat în propunerea tehnică – Formularul C6 – Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale, s-au respectat toate codurile de materiale şi cantităţile.

Referitor la mortar adeziv Baumit şi Mortar Adeziv pentru Spaclu Baumit, contestatoarea afirmă că acestea nu au preţuri diferite şi au aceleaşi caracterisitici.

În final, contestatoarea învederează că prin respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, autoritatea contractantă nu respectă legislaţia în vigoare privind achiziţiile publice, constatându-se lipsa de profesionalism şi neglijenţa în evaluarea ofertelor conform documentaţiei de atribuire.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 250/12.09.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 38416/13.09.2017 precum

şi documentele necesare soluţionării contestaţiei, cu adresa de înaintare nr. 251/13.09.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 38611/14.09.2017.

Autoritatea contractantă menţionează că potrivit HG nr. 395/2016 cu modificările şi completările ulterioare, are dreptul şi nicidecum obligaţia de a solicita clarificări cu privire la ofertele primite, la fel cum ofertanţii au obligaţia de a respecta prevederile documentaţiei de atribuire, lucru pe care contestatoarea în calitate de ofertant nu l-a făcut.

În acest sens, autoritatea contractantă susţine că Consiliul s-a pronunţat de nenumărate ori referitor la posibilitatea cererii de clarificări privind partea financiară (în speţă cantitatea lipsă) la contractele de execuţie, stabilind că, clarificările de genul acesta duc inevitabil la modificarea preţului ofertat, intrând astfel sub incidenţa art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, se arată că potrivit notificării, autoarea contestaţiei recunoaşte că nu a ofertat materialul corespunzător cu cerinţele caietului de sarcini, partea de liste de cantităţi. În plus, având în vedere faptul că a existat o neconcordanţă între partea scrisă a documentaţiei de atribuire şi listele de cantităţi, trebuia să solicite o clarificare dacă avea dubii referitor la modalitatea de prezentare a ofertei, justificările în acest moment fiind tardive.

Referitor la materialul Mortar Adeziv Baumit neofertat, nu se poate reţine similitudinea conform explicaţiei ofertantului, fiind vorba evident de materiale diferite, ce au preţuri diferite.

Legat de materialul neofertat Cablu de cupru cu izolaţie şi manta PVC simbol cyyf de 3x50 mmp, autoritatea contractantă nu poate reţine drept corectă explicaţia ofertantului, deoarece acesta nu justifică ofertarea altui material în locul celui menţionat în documentaţia de atribuire.

În final, autoritatea contractantă învederează faptul că nu se respectă conţinutul caietului de sarcini publicat şi însuşit de către ofertant. Critica contestatoarei potrivit căreia i s-a impus utilizarea unui anumit tip de material devine nefondată, atâta timp cât în faza de ofertare nu a depus nicio solicitare de clarificări legat de acest aspect, fiind evident faptul că orice denumire de marcă se citeşte de genul „tip...”.

Totodată, criticile contestatoarei cu privire la modalitatea de evaluare a ofertelor nu îşi au rostul atâta timp cât oferta prezentată de aceasta este incompletă şi neconformă.

Având în vedere cele precizate anterior, autoritatea contractantă consideră contestaţia formulată ca fiind neîntemeiată.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată online, privind atribuirea contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „Execuţie lucrări pentru obiectivul de investiţii: Reabilitare Şcoala Profesională Dagîța, sat Dagîța, comuna Dagîța, judeţul Iaşi”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP invitaţia de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 501.155 lei.

Potrivit procesului verbal nr. 202/31.07.2017, în cadrul procedurii au fost depuse două oferte, oferta contestatoarei fiind declarată neconformă

în urma evaluării propunerii tehnice, pentru următoarele motive: „În urma analizei efectuate asupra documentelor din propunerea tehnică şi a răspunsului la clarificări s-au stabilit următoarele:

5. S-a ofertat materialul ciment portland în cantitate de 294,5 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini material Ciment I 32,5 (P 40) saci. Materialul ofertat nu este cel conform caietului de sarcini.
6. S-a ofertat materialul ciment portland în cantitate de 77,19 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini material Ciment II A32,5 (Pa 35) saci. Materialul ofertat nu este cel conform caietului de sarcini.
7. Nu s-a ofertat Mortar adeziv Baumit în cantitate de 4.139,5 kg. Singurul material ofertat este Mortar Adeziv pentru Şpaclu Baumit.
8. S-a ofertat materialul Cablu din cupru cu izolaţie şi manta PVC sinbol cyyf de 3x50 mmp în cantitate de 45,89 kg în contradicţie cu cerinţele caietului de sarcini – material Cablu din cupru cu izolaţie şi manta simbol cyyf de 3x50+25 mmp. Nu s-a respectat secţiunea cablului conform cerinţei caietului de sarcini.

Drept urmare:

În conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, se respinge oferta Asocierii SC … SRL, ca neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini".

Ca urmare a acestui rezultat, contestatoarea a depus notificare prealabilă, iar apoi contestație, solicitând anularea măsurii respingerii ofertei sale. Contestatoarea invocă printre altele, și nesolicitarea clarificărilor referitoare la reperele din listă despre care autoritatea susține că nu ar fi fost ofertate sau nu sunt în conformitate cu cerințele documentației de atribuire. Totodată, aceasta susține că a respectat întocmai listele de cantități, iar în ceea ce privește Mortarul Adeziv pentru Şpaclu Baumit, acesta are aceeași compoziție ca produsul Mortar adeziv Baumit, fiind respectată cantitatea din liste.

Verificând modalitatea în care autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii în ceea ce privește oferta contestatoarei, Consiliul constată că într-adevăr, aceasta nu a solicitat clarificări în ceea ce privește motivele de respingere a ofertei contestatoarei, solicitarea de clarificări nr. 229/09.08.2017 referindu-se la alte aspecte. Autoritatea contractantă își motivează inacțiunea pe caracterul facultativ al dispozițiilor referitoare la solicitarea de clarificări privind conținutul propunerii tehnice.

Consiliul nu își însușește punctul de vedere al autorității contractante potrivit căruia dreptul de a solicita clarificări este unul care poate fi exercitat după bunul plac al autorităților contractante, acestea urmând a decide când solicită și când nu solicită clarificări. Dimpotrivă, din întregul context al reglementărilor referitoare la solicitările de clarificări privind modalitatea de evaluare a ofertelor rezultă că dreptul respectiv se referă la inexistența unei interdicții la adresa autorității contractante referitoare la solicitarea de clarificări. În acest sens, art. 134 din HG nr. 395/2016 prevede și o serie de dispoziții în favoarea operatorilor economici, respectiv apariția unor modificări ale propunerilor tehnice și financiare care

nu sunt considerate modificări, or în contextul în care s-ar admite ipoteza autorității contractante referitoare la existența posibilității sale de a nu solicita clarificări, s-ar ajunge la concluzia că drepturile ofertantului au fost abolite prin pasivitatea autorității, deoarece ofertantul nu mai are posibilitatea să își corecteze eventuale abateri tehnice minore și vicii de formă, situație care ar conduce la excluderea unor oferte conforme. Ori autoritatea contractantă poate dispune de dreptul său, nu și de cel al ofertantului, încălcat prin nesolicitarea de clarificări. În același timp, respingerea unui ofertant pentru eventuale vicii minore, fără a-i solicita clarificări, în condițiile în care concurența în procedură a fost una minimă, reprezintă o încălcare a principiilor ce guvernează procedurile de achiziție, respectiv proporționalitatea și promovarea concurenței între operatorii economici.

În acest sens, sunt relevante următoarele dispoziții legale:

-Art. 209 din Legea nr. 98/2016 - (1) În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

-art. 134 din HG nr. 395/2016 –(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi 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.

(3) Comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcţie de volumul şi complexitatea clarificărilor şi completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte. Termenul astfel stabilit va fi, de regulă, de minimum 3 zile lucrătoare.

(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, 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.

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă.

(7) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a preţului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei iniţiale în următoarele situaţii:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depăşeşte 1% din preţul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligaţii ale autorităţii contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanţilor;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparaţie cu oferta iniţială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentaţia de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanţii să se abată de la cerinţele exacte ale respectivei documentaţii, iar oferta iniţială nu a fost în conformitate cu aceste cerinţe.

Prin urmare, autoritatea contractantă, înainte de a lua decizia respingerii ofertei contestatoarei, trebuia să îi solicite acesteia clarificări cu privire la elementele considerate neconformități și să verifice dacă eventualele lipsuri sau neconformități se încadrează în categoria abaterilor tehnice minore, în condițiile prevederilor de mai sus.

După cum prin solicitarea clarificărilor, autoritatea contractantă nu are dreptul să îl avantajeze pe operator, și nesolicitarea clarificărilor îl dezavantajează pe acest ofertant, favorizându-l, în schimb, pe cel rămas în competiție. Practica unanimă a Consiliului și a instanțelor este în sensul în care autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă fără o minimă verificare, dreptul său fiind apreciat prin raportare la principiile și scopurile Legii nr. 98/2016, și nu ca o libertate de apreciere absolută a autorităților contractante de natură a le permite înlăturarea oricărei concurențe. Noua legislație a achizițiilor permite chiar anumite modificări ale propunerilor tehnice și financiare, în condițiile încadrării acestora în categoria abaterilor tehnice minore și nemodificarea clasamentului, or maniera de lucru promovată de autoritatea contractantă nu respectă respectivele norme.

Un alt aspect invocat de autoritatea contractantă este existența unei inadvertențe între partea scrisă a documentației de atribuire și listele de cantități, sugerând că listele de cantități ar fi trebuit ajustate, iar dacă societatea contestatoare avea neclarități, trebuia să solicite clarificări.

Un asemenea argument este considerat de Consiliu lipsit de relevanță, el fiind de natură a conduce, mai degrabă, la anularea procedurii, decât la respingerea ofertantului care a respectat lista de cantități pusă la dispoziție de către autoritate. Între partea scrisă a documentației și listele de cantități nu există o ordine de prioritate, iar în măsura în care abaterea rezultată este una neesențială, ofertele fiind comparabile, autoritatea nu poate invoca propria sa culpă pentru a-l respinge pe ofertant. Astfel, dubiul de interpretare a documentației cauzat de autoritatea contractantă, care nu și-a îndeplinit obligația punerii la dispoziția ofertanților a unei documentații clare, profită și contestatoarei, care nu poate fi respinsă pentru acest motiv, după cum nu poate fi respins nici ofertantul care a schimbat lista de cantități, în concordanță cu partea scrisă a documentației. De altfel, autoritatea nu precizează nici acum despre ce parte a listei de cantități ar fi vorba și care este influența neconcordanței respective în prețul ofertei, afirmațiile sale fiind lipsite de fundament.

Potrivit art. 1269 alin. (1) din Codul civil, ,,Dacă, după aplicarea regulilor de interpretare, contractul rămâne neclar, acesta se interpretează în favoarea celui care se obligă'', dispoziție pe deplin aplicabilă și documentației de atribuire, bază a viitorului contract.

În consecinţă, luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestaţia formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și dispune anularea procesului verbal nr. 3 înregistrat cu nr. 238/21.08.2017 de evaluare a propunerilor tehnice cu toate actele subsecvente, precum și reevaluarea propunerii tehnice a contestatoarei, după solicitarea de clarificări, în conformitate cu cele stabilite în prezenta.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, admite contestaţia formulată de către SC ... SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ... SRL, în contradictoriu cu ...

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

PREŞEDINTE, MEMBRU, MEMBRU,
... ...

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 7 (șapte) pagini.