# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, 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) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea**

## DECIZIE

**Nr. ...**
**Data: ...**

Prin contestația nr...., înregistrată la C.N.S.C. cu nr...., formulată de către ..., cu sediul în ...., împotriva adresei nr....privind comunicarea parțială a rezultatului procedurii, a raportului procedurii și a actelor subsecvente, emise de către ..., cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "***...***", cod CPV: ..., s-a solicitat să se dispună în sensul *„anulării înscrisului - adresa nr. ..., a raportului procedurii și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă; reluării evaluării cu observarea admisibilității ofertei noastre".*

Prin contestația nr...., formulată de către ..., cu sediul în .... înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr...., împotriva răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă înregistrat sub nr....și a adresei de comunicare a rezultatului cu nr...., emise de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, s-au solicitat următoarele:

- anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. ..., respectiv anularea actului de comunicare a rezultatului cu nr. ... și a raportului procedurii precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, în partea ce privește oferta depusă de ...;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... de la etapa verificării admisibilității acesteia;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

Aplicând dispozițiile art.17 alin.2 din Legea nr.101/2016, pentru pronunțarea unei soluții unitare, Consiliul conexează cele două dosare.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
***Consiliul National de Soluționare a Contestațiilor***
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. cu nr...., ... critică adresa nr....privind comunicarea parțială a rezultatului procedurii, raportul procedurii și actele subsecvente, emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect ***"...",*** cod CPV: ..., solicitând să se dispună în sensul *„anulării înscrisului - adresa nr...., a raportului procedurii și a actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă; reluării evaluării cu observarea admisibilității ofertei noastre".*

În motivarea contestației, ... prezintă un istoric al procedurii, susținând că decizia de respingere a ofertei sale, ca inacceptabilă, în temeiul art.137 alin.1 coroborat cu art.137 alin.3 lit.a, art.133 alin.2 din H.G. nr.395/2016 și art.215 alin.5 din Legea nr.98/2016, a fost adoptată urmarea unei analize superficiale a situației de fapt și aplicarea eronată a unor texte de lege, de natură a vătăma societatea sa.

Contestatorul susține că oferta sa este cea mai bine clasată din perspectiva criteriului de atribuire, iar respingerea ei are valoarea încălcării flagrante a principiului bunei și diligentei asocieri a fondurilor publice.

Arată că textele legale invocate în susținerea deciziei de respingere sunt greșit aplicate, oferta sa încadrându-se în situația de excepție prevăzută la art.134 alin.7 și 10 din H.G. nr.395/2016, respectiv, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., s-a procedat ca corectarea erorii aritmetice, fapt ce nu aduce atingere proiectului tehnic și nici elementelor financiare.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr.... a invocat, pe cale de excepție, inadmisibilitatea contestației, susținând că ... nu a respectat prevederile art.6 alin.1 din Legea nr.101/2016, în sensul că nu a îndeplinit procedura notificării prealabile a autorității contractante.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, documente.

În temeiul dispozițiilor art.15 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul a solicitat contestatorului punct de vedere cu privire la excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Până la data prezentei, ... nu a transmis răspuns, deși a primit adresa C.N.S.C., prin fax și e-mail, în data de ....așa cum rezultă din conformarea poștală de primire.

În considerarea dispozițiilor art.26 alin.1 din Legea nr.101/2016, Consiliul se va pronunța, cu prioritate, asupra excepției inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Examinând excepția, Consiliul urmează să o admită, pentru următoarele considerente:

... critică rezultatul parțial al procedurii de atribuire comunicat cu adresa nr...., respectiv decizia de respingere a ofertei sale, despre care a luat cunoștință la data de ***...***, după cum contestatorul însuși arată.

Consiliul reține ca elemente cu relevanță în soluționare, tipul contractului ce se va încheia, anume contract de lucrări și valoarea estimată a acestuia, de ... lei, fără TVA, funcție de care stabilește incidența dispozițiilor art.6 alin.1 lit.b din Legea nr.101/2016, potrivit cu care *„**Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă**, care poate fi invocată și din oficiu, **înainte de a se adresa Consiliului** sau instanței de judecată competente, **persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiune, în termen de: (...); b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare**, (...).”*

Față de dispoziţiile legale susmenţionare, rezultă că ... avea obligaţia de a notifica autoritatea contractantă, în termen de 5 zile de la data la care a luat cunoştinţă despre actul atacat (07.03.2018), termen care, calculat conform art.5 din Legea nr.101/2016, s-a împlinit luni ***....***

**Procedura prealabilă a notificării autorității contractante nu a fost parcursă de către ..., aspect necontestat de acesta,** care a înțeles să nu transmită punctul său de vedere referitor la excepția invocată de către autoritatea contractantă.

De asemenea, se reține că, în conținutul contestației, ... nu face referire la parcurgerea procedurii de notificare prealabilă și nu depune, anexat contestației, nicio probă a îndeplinirii acesteia, obligație ce rezidă din dispozițiile art.11 alin.2 din Legea nr.101/2106, potrivit cu care *„**Contestatorul atașează la contestație dovada notificării prealabile a autorității contractante** și (...).”*

Astfel fiind, excepția inadmisibilității contestației este întemeiată, după cum corect susține autoritatea contractantă.

Pentru considerentele enunţate, în temeiul art.26 alin.1 și 6 din Legea nr.101/2016, Consiliul urmează să admită excepţia inadmisibilității contestației depusă de ..., invocată de autoritatea contractantă.

Ca urmare a admiterii excepţiei susmenţionată, Consiliul nu va mai proceda la analiza aspectelor legate de fondul cauzei.

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., ... critică răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă înregistrat sub nr....și adresa de comunicare a rezultatului cu nr...., emise de către aceeași autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, solicitând următoarele:

*„ - admiterea prezentei contestaţii şi, pe cale de consecinţă, să dispuneţi:*

*> în temeiul prevederilor art.26 alin.2 lit a) din Legea nr.101/2016, anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. ..., respectiv anularea actului de comunicare a rezultatului cu nr. ... și a raportului procedurii precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, în partea ce privește oferta depusă de ...;*

*> în temeiul prevederilor art.26 alin.2 lit.c) din Legea nr.101/2016, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... de la etapa verificării admisibilității acesteia;*

*> în temeiul prevederilor art.26 alin.9 din OUG nr.34/2006, obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial”.*

În motivarea contestației, ... face un scurt istoric al procedurii, arătând că, prin adresa nr...., a fost informată că, în urma evaluării tehnice a ofertelor, oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, în baza art.137 alin.3 lit.a din HG nr.395/2016.

Contestatorul menționează că a îndeplinit procedura notificării prealabile a ..., răspunsul autorității fiind în sensul că nu înțelege să adopte măsuri de remediere.

Față de răspunsul la notificarea prealabilă, contestatorul susține că, pe parcursul evaluării ofertelor, prin adresa nr.... comisia de evaluare i-a solicitat să precizeze dacă a respectat Formularul nr.7, respectiv listele de cantități de lucrări și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaje și transport și dacă a inclus aceste documente în ofertă și unde anume.

La această solicitare de clarificări, arată contestatorul, a răspuns prin adresa nr.... la care a anexat listele de cantități de lucrări și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaje și transport, precizând totodată că, acestea se regăsesc în cadrul propunerii financiare.

Deși prin clarificarea anterior menționată, comisia de evaluare nu a solicitat lămuriri cu privire la cantitățile modificate prin clarificarea nr...., postată pe SEAP, în data de ..., contestatorul susține că, prin rezultatul procedurii comunicat prin adresa nr...., aceasta menționează că oferta depusă este neconformă, întrucât nu au fost ofertate cantitățile prevăzute în respectiva clarificare (...

Față de acest aspect, ... afirmă că decizia de respingere a ofertei sale este nefondată întrucât, pe de o parte, prin propunerea tehnică prezentată, și-a asumat îndeplinirea tuturor cerințelor solicitate de autoritatea contractantă prin caietele de sarcini și, pe de altă parte că,

prin clarificarea cerută, pe parcursul evaluării ofertei, comisia nu a formulat o întrebare explicită cu privire la cantitățile modificate prin clarificarea nr.....

Apreciază că autoritatea contractantă era obligată să lămurească aspectele neclare cu privire la ofertă, în sensul de a solicita clarificări în temeiul art.209 din Legea nr.98/2016 coroborat cu art.134 din HG nr.395/2016, având în vedere că publicarea clarificării nr.12/21.12.2017 a fost făcută cu nerespectarea prevederilor art.161 din Legea nr.98/2016, coroborat cu art.27 alin.2 din H.G. nr.395/2016.

Referitor la susținerea ... din răspunsul la notificarea prealabilă, respectiv *"o eventuală solicitare de clarificări ar fi dus la modificarea listelor de cantități și ar fi produs un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire",* contestatorul opinează că aceasta este nefondată având în vedere prevederile art.134 alin.7 lit.b coroborat cu alin.9 lit.c al aceluiași articol din H.G. nr.395/2016.

De asemenea, subliniază că, tot prin răspunsul la notificarea formulată, autoritatea contractantă susține că, în speță, sunt incidente prevederile art.135 alin.1 și 3 din HG nr.395/2016, care se referă la posibilitatea corectării viciilor de formă.

Dispozițiile invocate de autoritatea contractantă, după cum se arată, nu sunt incidente în cauză, întrucât prin notificarea formulată s-a precizat că valoarea articolelor modificate prin clarificarea nr.... este una infimă raportat la valoarea total ofertată, respectiv de ... prevăzuta de dispozițiile art.134 din H.G. nr.395/2016, fapt pentru care, în situația în care se solicita clarificarea acestor modificări, oferta nu putea fi respinsă ca neconforma, fiind vorba de o abatere tehnică minoră, a cărei contravaloare poate fi suportată de ... fără modificarea propunerii financiare.

În acest sens, susține contestatorul, sunt și dispozițiile art.134 alin.5, 6, 7 și 8 din H.G. nr.395/2016, potrivit cărora comisia de evaluare poate solicita clarificări în ceea ce privește aspectele neclare din propunerea tehnică. Dacă prin răspunsul la clarificări se modifică respectiva propunere, înainte de a respinge ca neconformă oferta, comisia de evaluare are obligația de a verifica dacă respectiva modificare se încadrează în categoria viciilor de formă sau a abaterilor tehnice minore.

Arată că, în prezenta speță, autoritatea contractantă nu a înțeles să solicite clarificări în ceea ce privește articolele modificate prin clarificarea nr...., deși legislația achizițiilor publice obligă în acest sens.

De asemenea, arată că orice hotărâre a autorității contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie să fie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia și pe probe concludente, iar nu pe documente contradictorii sau insuficiente.

În susținere, invocă principiile utilizării corespunzătoare a fondurilor publice și proporționalității, precum și jurisprudența ...

În drept, au fost invocate dispozițiile art.8 alin.1, art.10 alin.1 din Legea nr.101/2016 și toate dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia.

Ca mijloace de probă, s-au depus, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr.... ... a solicitat respingerea contestației.

Autoritatea contractantă arată, față de susținerea contestatorului conform căreia prin clarificarea nr.... nu i s-au cerut lămuriri cu privire la cantitățile de lucrări modificate prin clarificarea nr...., că, în cadrul propunerii tehnice operatorul economic nu a anexat listele de cantități și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaje și transport în conformitate cu Formularul 7 din documentația de atribuire, astfel că s-a formulat solicitarea de clarificări nr.....

Ofertantul, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr...., a anexat listele menționate, iar, sub rezerva că listele de cantități și extrasele de resurse atașate sunt similare și se regăsesc în propunerea financiară și nu ar aduce o modificare a propunerii tehnice, arată autoritatea contractantă că a decis să analizeze documente evidențiate de către contestator. Astfel, în lipsa listelor de cantități și resurse din propunerea tehnică, nu s-a putut face o solicitare fermă prin adresa nr.... cu privire la cantitățile suplimentare de transport omise.

Față de afirmația contestatorului conform căreia autoritatea contractantă avea obligația de a efectua verificarea corespunzătoare a propunerii financiare și de a solicita clarificări inclusiv din perspectiva incidenței în cauză a prevederilor art.134 alin.7 – 10 din H.G. nr.395/2016, aceasta susține că, în cauză, nu este vorba despre abateri tehnice minore sau vicii de formă.

Astfel, în ceea ce privește abaterile tehnice minore, arată că, în listele de cantități atașate la propunerea tehnică prin răspunsul nr.... au fost omisiuni majore din partea ofertantului, în sensul că s-au ofertat cantități mult mai mici în privința transportului materialelor, ceea ce nu poate fi o abatere tehnică minoră.

La alin.8 se specifică faptul că sunt 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, ori, corectarea neconformităților printr-o redepunere ulterioară a listelor de cantități și a extraselor cu resurse, ar conduce la modificarea propunerii tehnice și ar fi incidente prevederile alin.6 al art.134 din H.G. n.r395/2016, susține autoritatea contractantă.

Încadrarea neconformităților identificate ca abatere tehnică minoră în baza alin.9 de la art.134 din H.G. nr.395/2016, după cum se arată, nu se putea aplica la momentul respectiv din moment ce propunerile financiare nu erau cunoscute, procedura fiind în stadiul de verificare a propunerilor tehnice.

Totodată, arată autoritatea contractantă, deoarece stadiul procedurii se afla în etapa de evaluare tehnică, neștiindu-se la acel moment clasamentul sau propunerile financiare ale ofertanților, nu se

poate lua în considerare prevederile alineatului cu privire la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Astfel, precizează ..., oferta a fost considerată neconformă întrucât nu respectă cerințele minime din caietul de sarcini și din documentația de atribuire, fiind aplicabile prevederile art.133 alin.2, art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016 și art.215 alin.5 din Legea nr.98/2016.

Arată, de asemenea, că a verificat dacă propunerea tehnică a contestatorului respectă cerințele minime din punct de vedere tehnic în conformitate cu documentația de atribuire, iar neavând elemente de verificare din punct de vedere financiar, nu a putut încadra neconformitățile identificate ca abateri tehnice minore conform art.134 alin.7, 8 și 9.

În ceea ce privește viciile de formă, redând dispozițiile art.135 alin.1 și 3 din H.G. nr.395/2016, autoritatea contractantă arată că, prin faptul că în cadrul listelor de cantități atașate la propunerea tehnică în răspunsul nr.... nu s-au ofertat cantitățile corecte în privința transportului, neținându-se seama de clarificarea nr...., nu se poate interpreta ca fiind un viciu de formă. Corectarea neconformităților nu ar avea un rol de clarificare sau de confirmare a unor vicii de formă din propunerea tehnică, iar printr-o modificare ulterioară a listelor de cantități s-ar produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. Din interpretarea legislației, după cum se arată, neofertarea corectă, în integralitate a articolelor de deviz din clarificarea nr.... privind transportul, nu se poate interpreta ca fiind un viciu de formă.

Precizează că, prin actul atacat, respectiv adresa nr...., nu s-a comunicat rezultatul procedurii de atribuire, ci doar rezultatul fazei de verificare a propunerilor tehnice.

Concluzionând, autoritatea contractantă arată următoarele:

-fundamentarea hotărârii de respingere a ofertei ... a fost temeinică și justificată punctual în spiritul legislației în materia achizițiilor publice, fiind respectate principiile prevăzute la art.2 alin.2 din Legea nr.98/2016;

-propunerea tehnică a ... nu respectă cerințele documentației de atribuire în ceea ce privește listele de cantități ofertate, respectiv contestatorul a ofertat cantități mai mici decât cele prevăzute în clarificarea nr.... pentru articolele de transport T...aferente obiectelor menționate;

-prevederile documentației de atribuire, din care fac parte integrantă toate răspunsurile la solicitările de clarificări publicate în SEAP anterior termenului limită de depunere a ofertelor, nu au făcut obiectul vreunei contestații, astfel acestea și-au dobândit caracterul obligatoriu, atât pentru ofertanți care, potrivit prevederilor art.123 alin.1 din H.G. nr.395/2016 au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia, cât și pentru autoritate, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile

legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire, care stabilesc regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv;

-modul de elaborare a propunerii tehnice nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse;

-riscul întocmirii ofertelor, inclusiv prezentarea unor documente care nu îndeplinesc cerințele solicitate în cadrul documentației de atribuire cade în sarcina operatorului economic, el neputând să-și invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemon auditur propriam turpitudinem allegans", iar, pe de altă parte au fost menționate, în mod expres, care sunt cerințele pe care orice operator economic trebuie sa le îndeplinească la întocmirea ofertelor;

-prin raportare la prevederile art.133 alin.2 din H.G. nr.395/2016 care impune ca propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini sau în documentația descriptivă, propunerea tehnică prezentată de ... nu respectă cerințele din caietul de sarcini și din documentația de atribuire.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Urmarea studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, ... a depus concluzii scrise.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează cu privire la contestația înaintată de ...:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect "*...* cod CPV: ..., prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. ...

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată ... prin adresa nr. ..., în care se arată că oferta acestei societăți a fost considerată neconformă, în temeiul prevederilor art. 137 alin. (3) lit. a), art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, deoarece listele de cantități privind transporturile cuprinde cantități mai mici decât cele prevăzute în documentația de atribuire, astfel cum a fost lămurită prin clarificarea nr. 12 din 21.11.2017. În adresă, autoritatea contractantă expune pe larg neconformitățile regăsite.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, ... a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea răspunsului autorității contractante la notificarea prealabilă, înregistrat sub nr. ..., respectiv anularea actului de comunicare a rezultatului cu nr. ... și a raportului procedurii precum și a

tuturor actelor care au stat la baza emiterii acestuia, în partea ce privește oferta depusă de ...;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depuse de ... de la etapa verificării admisibilității acesteia;

- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

În examinarea legalității deciziei autorității contractante, Consiliul reține că, prin adresa nr. ... aceasta a cerut ..., în etapa de evaluare a propunerii tehnice, următoarele:

*„Prin propunerea tehnică, Formularul nr.7, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să depună listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport.* ***Vă rugăm să ne precizați dacă ați respectat această cerință a autorității contractante, dacă ați inclus aceste documente în ofertă și unde anume.”***

... a răspuns prin adresa nr. 722/R din 20.02.2018, astfel:

*„(...)* ***Atașat vă transmitem listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse material, manoperă, utilaj și transport. Acestea se regăsesc în propunerea financiară.*** *(...).”*

Anexat adresei de răspuns, ofertanta a transmis autorității contractante și listele arătate mai sus.

În luarea decizie sale de respingere a ofertei ... a reținut exclusiv faptul că îi revenea acesteia obligația de a oferta cu respectarea tuturor cerințelor documentației de atribuire, așa cum a fost clarificată ulterior publicării și anterior depunerii ofertelor.

Văzând actele emise în desfășurarea acestei proceduri de atribuire, în ceea ce privește oferta contestatoarei, precum și decizia autorității contractante în privința acesteia, Consiliul reține că autoarea contestației nu neagă faptul că listele de cantități pe care le-a prezentat nu cuprind cantitățile corecte de transporturi necesar a fi ofertate. În susținerea contestației sale, autoarea acesteia pretinde că autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi ceară clarificări cu privire la cantitățile ofertate în mod eronat, așa cum prevăd dispozițiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, susținând și că diferența dintre cantitățile ofertate și cele solicitate reprezintă o abatere tehnică minoră cu privire la care trebuia să se solicite clarificări conform art. 134 alin. (5), (6), (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

În examinarea legalității deciziei atacate, Consiliul constată că, într-adevăr, o ofertă care nu respectă cerințele caietului de sarcini va fi respinsă ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, însă, în egală măsură trebuie verificat și dacă o astfel de decizie este luată după ce, atât autoritatea contractantă, cât și ofertantul au parcurs toate etapele și au utilizat toate instrumentele pe care legiuitorul le-a prevăzut ca fiind posibile. Este de notorietate faptul că decizia de respingere a unei oferte trebuie luată pe baza tuturor informațiilor pe care autoritatea contractantă le poate obține de la

ofertantul său, în acest sens legiuitorul instituind regula clarificării ofertei, reglementată pe larg prin dispozițiile art. 134-135 din HG nr. 395/2016.

Astfel, dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/2016, stabilesc următoarele:

*„(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****.”*

Ca o chestiune preliminară, Consiliul analizează dacă adresa nr. 1822 din 15.02.2018, transmisă de autoritatea contractantă ..., reprezintă o solicitare de clarificare a ofertei, așa cum aceasta este reglementată de dispozițiile legale citate, sens în care observă că textul acesteia nu răspunde rigorilor stabilite de legiuitor prin aceste prevederi legale. Astfel, îndrumarea ofertantei către a menționa dacă a respectat o cerință a documentației de atribuire, dacă a inclus documente în ofertă și unde anume, nu reprezintă o clarificare în sensul stabilit de legiuitor. Nu este de neglijat faptul că prevederile citate mai sus, din cuprinsul art. 134 din HG nr. 395/2016, trebuie coroborate în interpretare și în sensul celorlalte texte ale art. 134 și ale art. 135 din HG nr. 395/2016. Astfel, în măsura în care legiuitorul acordă posibilitatea modificării, în limitele expres arătate în lege, a propunerii tehnice și a celei financiare, este evident că o clarificare transmisă de autoritatea contractantă, pe lângă faptul că va trebui să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare, va trebui să identifice în mod concret și acele elemente ale ofertei asupra cărora operează. Or, într-o asemenea situație, a cere ofertantului să confirme faptul că și-a întocmit oferta cu respectarea cerințelor documentației de atribuie și să indice unde anume în cuprinsul ofertei se regăsesc o serie de documente, nu reprezintă o clarificare în sensul legii, care să producă eventualele efecte pe care legiuitorul le-a prevăzut ca posibil incidente și chiar acceptabile.

Astfel, Consiliul stabilește că adresa transmisă de autoritate ofertantei contestatoare nu reprezintă o clarificare a ofertei, în sensul legal al noțiunii.

În această situație nu se poate susține, în mod convingător, faptul că o reală cerere de clarificare a ofertei ar produce un avantaj ofertantei în cauză, cu atât mai mult cu cât clarificarea ofertei, conform

reglementărilor de la art. 134 și următoarele din HG nr. 395/2016, reprezintă o obligație a comisiei de evaluare, și nu doar un drept asupra exercitării căruia autoritatea contractantă să decidă în mod unilateral.

Consiliul constată și că nu poate fi reținută în soluționare pretenția autorității contractante ca ... să fi prezentat, ca urmare a demersului său, listele corecte de cantități de lucrări, de vreme ce acestea, în forma prezentată autorității, se regăseau deja depuse în propunerea financiară, așa cum susține societatea. Depunerea, în acest moment, a listelor de cantități cu valorile corecte, parte a propunerii tehnice, ar fi condus la o inadvertență între acestea și cele incluse în propunerea financiară. În atare situație, se impune a se analiza dacă prezentarea listelor de cantități, parte a propunerii tehnice, nu reprezintă corectarea unui viciu de formă, așa cum acesta este reglementat prin dispozițiile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016 *("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;")* și ale art. 135 din HG nr. 395/2016 *[„(1) În condiţiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia. (3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire."].*

În egală măsură, dată fiind stabilirea faptului că, în realitate, evaluarea ofertei contestatoarei ... nu s-a realizat prin aplicarea integrală a prevederilor legale ce reglementează această activitate a comisiei de evaluare, Consiliul reține și că examinarea ne/conformității acestei oferte ar fi trebuit să se raporteze la întreaga plajă de posibilități acordate de legiuitor, așa cum sunt reglementate de dispozițiile art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016.

În acest sens, vor fi reținute reglementările legale cuprinse la art. 134 din HG nr. 395/2016, astfel:

*„(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.*

*(10) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de preţul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informaţiilor care sunt cunoscute de către toţi participanţii, deoarece sunt prevăzute în legislaţia aplicabilă, documentaţia de atribuire, şi/sau în alte documente prezentate de ofertant.*

*(11) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea erorilor aritmetice oferta sa va fi considerată neconformă."*

Concluzionând, Consiliul stabilește, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a realizat o evaluare a ofertei în condițiile și limitele la care legea o obligă, iar pe de altă parte că o astfel de activitate este necesar a se raporta la întreaga reglementare legală a instituției clarificării ofertei.

În situația de fapt și de drept expusă, Consiliul reține nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei ..., așa cum a fost comunicată acesteia prin adresa nr. 2893 din 07.03.2018, precum și caracterul fondat al contestației acesteia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de

servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de ..., și să anuleze adresa nr. 3326 din 15.03.2018, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă primită de la ..., precum și actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nedovedită cererea ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

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

**CONSILIUL DECIDE:**

Admite excepția inadmisibilității contestației depusă de ..., invocată de ..., și respinge ca inadmisibilă această contestație.

Admite contestația depusă de ...

Anulează adresa nr. 3326 din 15.03.2018, reprezentând răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă primită de la ..., precum și actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge ca nedovedită cererea ... de obligare a autorității contractante la plata cheltuielilor ocazionate de judecarea prezentei contestații constând în onorariu avocațial.

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

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

**PREȘEDINTE,** **MEMBRU,**

**...** **...**

## OPINIE SEPARATĂ

Sunt pentru admiterea excepției inadmisibilității contestației depusă de ..., cu motivarea din cuprinsul deciziei, și pentru respingerea, ca nefondată, a contestației depusă de ..., pentru următoarele considerente:

Oferta depusă de ... a fost respinsă, după cum rezultă din procesul-verbal nr.03, înregistrat sub nr....., ca neconformă, în temeiul art.133 alin.2, art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016 și art.215 alin.5 din Legea nr.98/2016, deoarece nu s-au respectat cerințele din caietul de sarcini și din documentația de atribuire, motiv de respingere comunicat contestatorului cu adresa nr.....

Pentru a decide astfel, autoritatea contractantă a avut în vedere, în esență, că, urmarea analizei listelor de cantități transmise de contestator anexat răspunsului la clarificări, a rezultat că acestea nu respectă clarificarea nr.... privitoare la documentația de atribuire, în sensul că la un număr de 11 poziții, contestatorul a indicat cantități mult mai reduse la articolele de transport.

În soluționare, am în vedere faptul că, prin adresa nr...., autoritatea contractantă a solicitat contestatorului, în etapa de evaluare a propunerii tehnice, după cum urmează:

*„**Prin propunerea tehnică, Formularul nr.7, autoritatea contractantă a solicitat ofertantului să depună listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport. Vă rugăm să ne precizați dacă ați respectat această cerință a autorității contractante, dacă ați inclus aceste documente în ofertă și unde anume**.”*

Din conținutul fișei de date a achiziției, rezultă că, la cap.IV.4.1) – *„Modul de prezentare a propunerii tehnice”,* autoritatea contractantă a solicitat prezentarea Formularului nr.7, pus la dispoziția ofertanților în cadrul secțiunii „*Modele de formulare*” a documentației de atribuire, formular denumit *„Propunerea tehnică”* și în conținutul căruia se regăsește următoarea solicitare:

*„**Ofertantul va prezenta:***

***- Listele cu cantitățile de lucrări, fișele tehnice și formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier.***

***- Extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport;***

*- Declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate.*

Verificând propunerea tehnică a contestatorului, observ că acesta nu a prezentat listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse materiale, manoperă, utilaj și transport, după cum s-a solicitat.

Prin adresa nr....., de răspuns la solicitarea de clarificări susenunțată, contestatorul a formulat următorul răspuns:

*„(...)* ***Atașat vă transmitem listele cu cantități de lucrări și extrasele de resurse material, manoperă, utilaj și transport. Acestea se regăsesc în propunerea financiară****. (...)”,*
anexat căruia a depus înscrisurile menționate în cadrul răspunsului.

Așadar, urmarea solicitării de clarificări a autorității contractante, de a se indica unde anume în propunerea tehnică se regăsesc listele de cantități și extrasele de resurse materiale, manoperă și transport, contestatorul a completat propunerea tehnică depusă, cu aceste înscrisuri.

Autoritatea contractantă impută contestatorului faptul că listele de cantități și extrasele de resurse materiale, manoperă și transport, depuse anexat răspunsului la clarificări, nu respectă adresa de clarificări nr.... referitoare la documentația de atribuire, în sensul că nu s-au ofertat cantitățile, în plus, stabilite prin această adresă.

Verificând comparativ ceea ce s-a solicitat prin adresa nr.... cu înscrisurile prezentate de contestator, constat că, într-adevăr, acestea din urmă au fost întocmite cu nesocotirea adresei menționată, prin indicarea unor cantități mai mici la articolele de transport.

După cum rezultă din contestație, ... nu neagă realitatea celor constatate de autoritatea contractantă, însă susține, în argumentarea caracterului nelegal al deciziei de respingere a ofertei, că:

-nu s-au solicitat lămuriri cu privire la cantitățile modificate prin clarificarea nr...., deși autoritatea contractantă era obligată să lămurească aspectele neclare cu privire la ofertă, în sensul de a solicita clarificări în temeiul art.209 din Legea nr.98/2016;

-diferența dintre cantitățile ofertate și cele solicitate reprezintă o abatere tehnică minoră cu privire la care trebuia să se solicite clarificări conform art.134 alin.5, 6, 7 și 8 din H.G. nr.395/2016.

Față de primul argument, reținem că ... înțelege să îl invoce în contextul în care autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări în sensul de a preciza unde se regăsesc listele de cantități și extrasele de materiale, manoperă, utilaje și transporturi, astfel că, fără a mai lua în discuție posibilitatea contestatorului de a completa propunerea tehnică cu documente solicitate expres și pe care a omis a le prezenta, acestuia i s-a permis să prezinte documentele așa cum s-au solicitat prin documentația de atribuire.

Astfel, autoritatea contractantă a avut un comportament diligent prin solicitarea de clarificări, contestatorului revenindu-i obligația de a prezenta înscrisurile lipsă cu respectarea documentației de atribuire, ceea ce nu a făcut.

Faptul de a transmite contestatorului o nouă solicitare de clarificări, în situația relevată, așa cum consideră contestatorul că trebuia procedat, apreciez că ar fi reprezentat o încălcare a prevederilor art.209 din Legea nr.98/2016.

Este adevărat că autoritatea contractantă are, în temeiul art.209 alin.1 din Legea nr.98/2016, dreptul, iar nu *obligația*, de a solicita

clarificări, însă, tot atât de adevărat este și că alin.2 al aceluiași articol, stabilește că ***„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.”***

Ori, dincolo de faptul că textul legal statuează un drept și nu o obligație, de vreme de contestatorului i s-a permis completarea propunerii tehnice cu documentele lipsă, o nouă solicitare de clarificări referitoare la faptul că listele conțin cantități ce nu respectă clarificarea nr...., ar fi fost de natură a determina apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului, în raport cu ceilalți ofertanți care au prezentat ofertele cu respectarea documentației de atribuire.

Totodată, pe lângă încălcarea dispoziției legale exprese a art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă ar fi încălcat și principiul tratamentului egal, pe care este obligată să-l respecte în cadrul derulării procedurii.

Nici împrejurarea că adresa de clarificare nr....nu este de natură a atrage nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatorului, atâta vreme cât acesta a avut posibilitatea, urmarea solicitării de clarificări a autorității contractante, de a depune listele de cantități și extrasele cu materiale, manoperă și transporturi, corect întocmite, la o dată ulterioară celei de depunere a ofertelor.

Astfel, argumentul invocat de contestator nu poate fi reținut, comportamentul pe care apreciază acesta că trebuia să-l adopte autoritatea contractantă fiind unul ce încalcă prevederile art.209 alin.2 din Legea nr.98/2016 și principiul tratamentului egal.

Cu privire la cel de al doilea argument invocat de contestator, respectiv că diferențele dintre cele solicitate prin adresa de clarificări nr.12/21.11.2017 și cele ofertate prin listele de cantități și extrasele de materiale, manoperă și transporturi, reprezintă o abatere tehnică minoră, constat că:

Prevederile art.134 alin.1, 6 și 7 din H.G. nr.395/2016, invocate de contestator, stabilesc după cum urmează:

*„(1)* ***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.*

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

*(7)* ***Prin excepție de la dispozițiile 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: (...)***

***b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire."***

Dincolo de faptul că, așa cum rezultă din lecturarea alin.1 al art.134 din H.G. nr.395/2016, comisia de evaluare are obligația de a solicita doar clarificări formale sau de confirmare, constatarea existenței unei abateri tehnice minore presupune ca, prin răspunsul la clarificări, ofertantul să fi operat modificări ale propunerii tehnice inițiale.

După cum s-a arătat mai sus, prin răspunsul la clarificări contestatorul nu a operat modificări ale propunerii tehnice inițiale, respectiv nu a modificat listele de cantități și extrasele de materiale, manoperă și transport aflate deja în propunerea tehnică, ci, prin răspunsul la clarificări, a anexat înscrisurile menționate, pe care a omis a le prezenta în cadrul propunerii tehnice și care, mai apoi, s-au dovedit că nu respectă documentația de atribuire astfel cum a fost clarificată.

Așadar, oferta contestatorului nu se regăsește în ipoteza vizată de textele legale enunțate, astfel că acestea nu sunt aplicabile, după cum corect susține autoritatea contractantă.

O nouă solicitare de clarificări în sensul de a i se permite contestatorului să modifice listele de cantități și extrasele de materiale, manoperă și utilaje depuse cu răspunsul la clarificări, apreciez că nu este permisă, fiind lipsită de orice suport legal și contrară scopului instituției solicitării de clarificări care nu este acela de a transforma ofertele neconforme în unele admisibile, ci de a lămuri anumite neclarități. În acest sens, alin.1 al art.134 din H.G. nr.395/2016 prevede că se solicită ofertanților *clarificări și completări formale sau de confirmare,* iar nu depunerea de documente ce s-au omis a fi prezentate, deși ofertanții aveau cunoștință despre obligația depunerii lor încă de la data publicării documentației de atribuire în SEAP.

Astfel fiind, este neîntemeiat și cel de al doilea argument invocat de contestator, decizia de respingere a ofertei sale, fiind, pe cale de consecință una întemeiată de vreme ce acesta a depus o ofertă cu nerespectarea documentației de atribuire astfel cum a fost clarificată, obligație care îi revenea în temeiul art.123 și art.133 alin.2 din H.G. nr.395/2016.

Oferta întocmită de maniera celei depusă de contestator intră sub incidența dispozițiilor art.137 alin.3 lit.a din H.G. nr.395/2016, după cum corect a decis autoritatea contractantă.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 și 9 din Legea nr.101/2016, soluția care se impune este aceea de respingere, ca nefondată, a contestației.

Cererea de plată a cheltuielilor ocazionate de soluționarea contestației (onorariul de avocat) va fi respinsă deoarece, la dosar, nu s-a depus vreo probă din care să rezulte efectuarea unor asemenea

cheltuieli, iar, pe de altă parte, nu s-a reținut culpa procesuală a autorității contractante.

**MEMBRU COMPLET,**

**...**

...