CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr.6, Sectorul 3, București, 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. 3743/28.11.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 49698/28.11.2018, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO ..., reprezentant legal prin ... – administrator și convenţional prin ... din ..., cod poștal ..., unde se vor comunica toate actele de procedură, împotriva procesului verbal evaluare financiară, a raportului procedurii de atribuire şi a actelor subsecvente cu privire la rezultatul evaluării propunerilor financiare ale ofertanților, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Sală simulare aplicații și antrenamente*”, cod CPV 34150000-3, s-au solicitat Consiliului următoarele:

”1. Anularea parţială a procesului verbal evaluare financiară nr. 686.869/23.11.2018, a raportului procedurii nr. 686.874/26.11.2018 şi a tuturor actelor subsecvente acestora emise de Autoritatea contractantă în cadrul Procedurii de Atribuire;

2. Obligarea Autorităţii Contractante la reevaluarea propunerii financiare depuse de Subscrisa în ceea ce priveşte conformitatea acesteia raportată la documentaţia de atribuire si, in consecinţă, la emiterea unui nou raport al procedurii pentru partea corespunzătoare declarării propunerii financiare drept conformă şi câştigătoare;

3. Suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluţionarea definitivă a prezentei contestaţii".

Prin cererea de intervenție nr. 9606/03.12.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 50191/04.12.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul în ... și adresă de corespondență în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI RO..., reprezentată legal prin ... – Administrator și Director General, s-au solicitat Consiliului următoarele:

„- încuviinţarea în principiu a cererii de intervenţie accesorii, în interesul autorităţii contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Noul Cod proc. Civ.;

- în subsidiar, în situaţia în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenţie accesorie, să admită prezenta cerere ca o intervenţie principală, în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu, pe care înţelegem să îl apărăm şi să îl pretindem în tot, în sensul prevederilor art. 61 alin. (2) din Noul Cod proc. Civ.;

- pe cale de excepţie, respingerea contestaţiei ca fiind inadmisibilă şi ca fiind lipsită de interes;

- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestaţiei şi menţinerea ca temeinică şi legală a deciziei ...".

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SRL critică procesul verbal evaluare financiară, raportul procedurii de atribuire şi actele subsecvente cu privire la rezultatul evaluării propunerilor financiare ale ofertanților, emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând:

"1. Anularea parţială a procesului verbal evaluare financiară nr. 686.869/23.11.2018, a raportului procedurii nr. 686.874/26.11.2018 şi a tuturor actelor subsecvente acestora emise de Autoritatea contractantă în cadrul Procedurii de Atribuire;

2. Obligarea Autorităţii Contractante la reevaluarea propunerii financiare depuse de Subscrisa în ceea ce priveşte conformitatea acesteia raportată la documentaţia de atribuire si, in consecinţă, la emiterea unui nou raport al procedurii pentru partea corespunzătoare declarării propunerii financiare drept conformă şi câştigătoare;

3. Suspendarea Procedurii de Atribuire până la soluţionarea definitivă a prezentei contestaţii".

Contestatoarea face un scurt istoric al procedurii și arată că, la data de 23.11.2018, autoritatea contractantă a emis procesul verbal evaluare financiară nr. 686869, pentru ca, la data de 26.11.2018, să publice, în SEAP, Raportul procedurii nr. 686874/26.11.2018, acte prin care propunerea financiară a SC ... SRL a fost declarată neconformă raportat

la dispozițiile documentației de atribuire privind garanția de bună execuție.

Față de acest aspect, autoarea contestației învederează că însăşi autoritatea a reţinut iniţial, în mod expres, în cadrul Procesului verbal evaluare financiară criticat, faptul că SC ... SRL şi-a asumat, fără nicio rezervă, modelul de contract de furnizare produse, astfel cum a fost publicat în SEAP. Având în vedere acest lucru, este evident că menţiunea referitoare la constituirea garanţiei de bună execuţie sub forma unor „reţineri succesive", astfel cum apare în cadrul anexelor la propunerea financiară, este o simplă eroare materială. Din documentaţia de atribuire (art. II 2.7 din fişa de date, respectiv 8.1 din modelul de contract de furnizare produse) publicată în SEAP şi asumată, în mod expres, de SC ... SRL reiese, în mod evident, modalitatea de executare a contractului de achiziţie publică care va fi încheiat.

Astfel, învederează că, sub aspectul modalității de executare, Contractul este uno ictu sau „cu executare dintr-o dată". Prin urmare, orice mențiune a SC ... SRL în ceea ce priveşte constituirea garanţiei de bună execuţie „prin reţineri periodice", în condiţiile în care în contract nu sunt prevăzute mai multe plăti, nu poate fi altceva decât o simplă eroare materială. Faptul că este vorba despre o simplă eroare materială este demonstrat atât prin oferta depusă, cât și prin răspunsul la solicitarea de clarificări și prin modelul de contract care face parte din documentația de atribuire, care prevede, între altele, termenul și modalitatea constituirii garanției de bună execuție.

În condițiile în care exista această contradicție, apreciază contestatoarea, autoritatea contractantă avea obligația de a apela la mecanismului prevăzut de art. 176 din OUG nr. 114/2011, respectiv de a solicita clarificări. Prin declararea propunerii financiare ca neconformă, fără a solicita niciun fel de clarificări, demonstrează că aceasta a încălcat principiul proporționalității, astfel cum este prevăzut de art. 2 (2) lit. e) din OUG nr. 114/2011. Mai mult, decât atât, respectarea principiului proporționalității atrage obligația autorității de a asigura un echilibru în luarea deciziilor sale în cadrul procesului de evaluare a ofertelor.

Totodată, contestatoarea subliniază faptul că autoritatea contractantă nu a motivat în drept măsura dispusă privind calificarea ofertei sale drept neconformă, ignorând astfel dispoziţiile art. 185 (2) lit. f) din OUG nr. 114/2011, privind obligativitatea motivării în cadrul raportului procedurii a soluției de respingere.

De asemenea, susține contestatoarea, erorile materiale în cuprinsul unor formulare care conţin informaţii solicitate de autoritatea contractantă nu pot constitui temei de neconformitate a unei oferte.

În acest sens, învederează că, deși în OUG nr. 114/2011 se face referire la oferte inacceptabile şi/sau neconforme, aceste noţiuni nu sunt definite în legislaţia menţionată. Mai mult, cu toate ca potrivit art. 199, în termen de 60 de zile de la data intrării în vigoare a respectivei ordonanţe de urgenţă, trebuiau elaborate si aprobate de către Guvernul

României norme de aplicare a acesteia, nici în prezent nu există norme metodologice de aplicare a actului normativ menţionat.

În condiţiile expuse, afirmă contestatoarea, în practică, ofertele inacceptabile şi/sau neconforme au fost astfel calificate, până în iulie 2016, prin raportare la prevederile Hotărârii Guvernului nr. 925/2006, iar ulterior prin referire la dispoziţiile Hotărârii Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziţie publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice (denumite in cele ce urmeaza „Normele Metodologice". Practica este întemeiată pe dispoziţiile art. 5 (3) din NCPC, conform carora, *„în cazul în care o pricină nu poate fi soluţionată nici în baza legii, nici a uzanţelor, iar în lipsa acestora din urmă, nici în baza dispoziţiilor legale privitoare la situaţii asemănătoare, ea va trebui judecată în baza principiilor generale ale dreptului, având în vedere toate circumstanţele acesteia şi ţinând seama de cerinţele echităţii*". În prezent, Normele Metodologice mentionate mai sus constituie dreptul comun în materia achiziţiilor publice, fiind, pe cale de consecinţă, direct aplicabile şi OUG nr. 114/2011 în situaţiile în care aceasta nu prevede. Orice altă interpretare este de natură să conducă la aplicarea OUG nr. 114/2011 contrar scopului şi principiilor edictate de aceasta, într-un mod discriminatoriu şi discreţionar.

În acest context, susține contestatoarea, este evident că noţiunile de „inacceptabil" şi/sau de „neconform" nu pot fi definite decât conform art. 137 din Normele Metodologice. De altfel, însăşi autoritatea contractantă în cadrul documentaţiei de atribuire indică drept legislaţie aplicabilă Normele Metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Examinând aceste Norme, SC ... SRL constată că motivele pentru care o ofertă poate fi declarată inacceptabilă şi/sau neconformă sunt legate, în mod exclusiv, de conţinutul ofertelor. Nu există nicio referire la posibilitatea declararii unei oferte drept inacceptabilă şi/sau neconformă exclusiv pe baza unor deficiente ale informaţiilor furnizate prin formularele, parte a documentaţiei de atribuire, impuse de autoritatea contractantă. Oferta şi conţinutul acesteia sunt definite la art. 3 pct. 24 din OUG nr . 114/2011, ca fiind *„actul juridic prin care operatorul economic îşi manifestă voinţa de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziţie publică; oferta cuprinde propunerea financiară şi propunerea tehnică*", deci fără a se face nicio referire la alte acte depuse în cadrul procedurii de atribure. Prin dispoziţiile art. 137 (3) din Normele Metodologice legiuitorul a definit, în mod expres, cazurile în care o ofertă poate fi calificată drept neconformă, dar niciunul dintre respectivele cazuri nu este aplicabil ofertei/propunerii financiare depusă de SC ... SRL în cadrul procedurii de atribuire în cauză. Chiar dacă autoritatea contractantă ar fi considerat că menţiunea de la punctul 2 din anexa la Formularul de oferta privind plata garanţiei de bună execuţie *„sub forma de reţineri succesive*" constituie o propunere de modificare a modelului de contract cuprins în documentaţia de atribuire şi ca, în acest

fel, ar fi aplicabile dispoziţiile art. 137 (3) lit. b din Normele Metodologice evocate, şi în acest caz aceasta nu putea să declare oferta SC ... SRL ca fiind neconformă. Pe de altă parte, arată că, textul citat obligă autoritatea, în mod prealabil considerării ofertei SC ... SRL ca fiind neconformă, să o informeze asupra acestui aspect şi numai în cazul în care ar fi refuzat să renunţe la o astfel de „modificare", oferta ar fi putut fi declarată ca neconformă.

Având în vedere cele de mai sus, fiind vorba, fără echivoc, de o eroare materială apărută în textul Anexei la formularul de ofertă, contestatoarea apreciază că autoritatea contractantă putea și trebuia să-i solicite, potrivit art. 176 (1) din OUG nr. 114/2011, clarificări/explicaţii privind modalitatea de constituire a garanţiei de bună execuţie.

În drept, invocă dispoziţiile art. 8 (1) b), art. 19, respectiv art. 22 din Legea nr. 101/2016 şi toate normativele invocate.

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

Prin cererea de intervenție nr. 9606/03.12.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 50191/04.12.2018, formulată de SC ... SRL, s-au solicitat Consiliului următoarele:

„- încuviinţarea în principiu a cererii de intervenţie accesorii, în interesul autorităţii contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Noul Cod proc. Civ.;

- în subsidiar, în situaţia în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenţie accesorie, să admită prezenta cerere ca o intervenţie principală, în interes propriu, având în vedere că există un drept propriu, pe care înţelegem să îl apărăm şi să îl pretindem în tot, în sensul prevederilor art. 61 alin. (2) din Noul Cod proc. Civ.;

- pe cale de excepţie, respingerea contestaţiei ca fiind inadmisibilă şi ca fiind lipsită de interes;

- pe fondul cauzei, respingerea ca nefondată a contestaţiei şi menţinerea ca temeinică şi legală a deciziei ...”.

În preambul, intervenienta își justifică interesul său arătând că acesta este de natură a sublinia justeţea procesului de evaluare de către autoritatea contractantă şi a actelor emise de aceasta din urmă, scopul prezentului demers procesual constând în menţinerea ca fiind legale şi temeinice a acestor acte. Cu alte cuvinte, învederează că este interesul comun al SC ... SRL şi al autorităţii contractante de a obţine respingerea contestaţiei formulate de contestatoare. Or, acest interes este susţinut prin formularea prezentei cereri de intervenţie accesorie, în interesul autorităţii contractante.

În subsidiar, arată că interesul său este de a-și apăra, în mod eficient, şansa de a-și menţine poziţia de ofertant declarat câştigător şi de a încheia şi derula contractul ce i-a fost atribuit.

În cuprinsul cererii de intervenție, SC ... SRL susține că, pe cale de excepţie, contestaţia formulată de SC ... SRL este inadmisibilă, fiind bazată pe un argument contrar principiului de drept *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, respectiv contestatoarea nu își poate invoca propria culpă în a fi depus o ofertă redactată în alţi termeni decât

cei impuşi prin documentaţia de atribuire și solicită Consiliului respingerea acesteia pe baza excepției în cauză.

De asemenea, tot pe cale de excepţie, apreciază contestaţia formulată de SC ... SRL ca inadmisibilă, fiind bazată pe un temei legal inaplicabil cauzei. Astfel, arată că SC ... SRL forţează incalificabil aplicabilitatea HG nr. 395/2016 în prezenta cauză, în condiţiile în care aceasta nu este aplicabilă. Prin interpretarea corelată a prevederilor art. 20 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, revizuită prin OUG nr. 55/2018, art. 37 din Legea nr. 98/2016 şi a art. 4 alin. (3) din Legea nr. 24/2000, arată faptul că Legea nr. 98/2016 nu se poate aplica în procedurile organizate în temeiul OUG nr. 114/2016, ceea ce rezultă în inaplicabilitatea şi a actului secundar dat în executarea Legii nr. 98/2016, respectiv HG nr. 395/2016.

În concluzie, solicită Consiliului respingerea contestației formulată de SC ... SRL pe baza acestei excepții.

Totodată, intervenienta invocă, pe cale de excepţie, faptul că, contestaţia formulată este lipsită de interes, deoarece oferta contestatoarei este respinsă şi nu figurează în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă, iar în procedură sunt 2 oferte declarate admisibile împotriva cărora contestatoarea nu a formulat nicio critică. În plus, se observă că aceasta menţionează, în mod clar, că solicită anularea doar parţială a procesului verbal şi a actelor subsecvente acestuia, strict pentru partea referitoare la stabilirea neconformităţii ofertei sale.

În această situaţie, susține SC ... SRL, este evident că aceasta nu poate cere stabilirea drept câştigătoare a ofertei sale, deoarece partea legată de stabilirea ofertelor admisibile şi a ofertei câştigătoare din procesul verbal şi din actele subsecvente nu face obiectul contestaţiei, neexistând vreo critică formulată legată de acestea.

Faţă de considerentele de mai sus, intervenienta apreciază că autoarea contestației nu poate justifica niciun interes şi nicio vătămare, contestaţia trebuind a fi respinsă pe calea excepţiei invocate.

Pe fond, susține că, contestaţia este nefondată, impunându-se respingerea acesteia ca atare, din moment ce argumentele prezentate de contestatoare sunt simple speculaţii fără temei în legislaţia invocată.

Ca temei de drept, invocă dispozițiile art. 194 din OUG nr. 114/2011, art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 şi art. 61 din Noul Cod proc. Civ., precum şi pe orice alte prevederi la care a făcut referire în cuprinsul prezentei şi/sau care au aplicabilitate şi relevanţă în prezenta cauză.

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

Prin adresa nr. 678678/03.12.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 50144/03.12.2018, nr. 50298/04.12.2018, respectiv nr. 50392/ 05.12.2018, autoritatea contractantă a comunicat punctul de vedere cu privire la contestație solicitând Consiliului respingerea, ca neîntemeiată, a acesteia.

De asemenea, invocă excepția obiectului vădit nefondat al contestației întrucât, potrivit prevederilor art. 32 alin. (1) din OUG nr. 114/2011, operatorul economic avea obligativitatea de a respecta întocmai cerințele impuse de către autoritatea contractantă prin documentația de atribuire, întocmită conform prevederilor legale în vigoare, l-a care a fost anexat contractului de achiziție publică *„formulare model*" dintre care formularul nr. 5 *„Formular de ofertă pentru atribuirea contractului de furnizare produse*" respectiv formularul nr. 6 *„centralizator de prețuri*" formulare, care însă nu are nicio anexă. SC ... SRL, deşi susţine în cuprinsul contestaţiei că a respectat întocmai cerinţele impuse, a transmis formularul de ofertă financiară la care anexează un document denumit clar "*Anexa la Formularul de ofertă*" ce conţine un număr de 7 puncte, iar la punctul 2 acesta a menţionat faptul că "*Garanţia de bună execuţie va fi constituită sub formă de reţineri succesive în cuantum de 5%*".

Mai arată că operatorul economic avea obligativitatea de a respecta întocmai cerințele impuse prin documentația de atribuire întocmită conform prevederilor legale în vigoare.

De asemenea, susține că eroarea materială intră în sfera unor greşeli de redactare, de completare a documentelor, greşeli existente în cuprinsul acestora nicidecum nu poate include în sfera erorii materiale un document elaborat şi anexat ofertei depuse.

Autoritatea contractantă consideră că operatorul economic contestator a anexat cu bună ştiinţă documentul pe care acum îi consideră că ar fi o "eroare materială", iar comisia de evaluare are obligaţia de a verifica conformitatea ofertelor depuse cu legislaţia în vigoare şi cu cerinţele din documentaţia de atribuire. Aceasta nu este în măsură să aprecieze faptul că un document transmis în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziţie este sau nu o eroare materială a operatorului economic, acesta din urmă fiind responsabil, în totalitate, de modul de redactare şi prezentare a tuturor documentelor în cadrul procedurii.

Fată de cele expuse anterior solicită constatarea faptului că obiectul contestaţiei este vădit nefondat și, pe cale de consecinţă, admiterea excepției invocate și respingerea contestației.

În ceea ce privește fondul cauzei, ... face un scurt istoric al procedurii arătând că a dat dovadă de deschidere faţă de contestatoare în privinţa documentelor solicitate prin documentaţia de atribuire, dar ţinând cont de faptul că anexa este un document care nu a fost solicitat prin documentaţie sau clarificări, a considerat înscrisul ca fiind o notificare sau aducere la cunoştinţă a unor condiţii ale operatorului economic. Astfel, apreciază că a acţionat în conformitate cu prevederile art. 175 din OUG nr. 114/2011.

De asemenea, autoritatea înțelege să evidențieze faptul că membrii comisiei de evaluare au respectat principiul proporționalității, în fiecare etapă a procedurii, ofertantul contestator, de-a lungul desfășurării

procedurii, efectuând mai multe demersuri contrare documentației de atribuire, respectiv:

- prin oferta tehnică transmisă a condiţionat respectarea termenului de livrare a produselor de semnarea contractului de achiziţie publică la o dată în care autoritatea contractantă se afla în plin proces de evaluare, conform calendarului procedurii de atribuire a contractului de achiziţie publică respectiv la fila 35/35 la pct. 1 menţionează „*Produsul va fi livrat până la data de 10.12.2018, condiţionat de semnarea contractului până pe data de 23.11.2018*”

- operatorul economic a transmit în cadrul propunerii tehnice un document în limba engleză deşi în documentaţia de atribuire autoritatea contractantă a solicitat, în mod expres, „ *documentele emise în altă limbă decât limba română vor fi prezentate în limba în care au fost emise, însoţite de o traducere autorizată a acestora în limba română*. "

Mai este subliniat faptul că, în cadrul procedurii, autoritatea contractantă, respectând principiul proporţionalităţii şi tratamentul egal, a solicitat clarificări, de la operatorul economic contestatator, faţă de aspectele invocate anterior, iar acesta a transmis răspuns la clarificări făcând trimiteri în mod repetat la propunerea tehnică redactată în limba engleză şi anexând totodată, ca răspuns la clarificările solicitate, alte documente în limba engleză.

Prin urmare, autoritatea apreciază că a dat dovadă de deschidere față de contestator, în privinţa documentelor solicitate prin documentaţia de atribuire, dar, ţinând cont de faptul că anexa este un document care nu a fost solicitat prin documentaţia de atribuire sau clarificări, comisia de evaluare a considerat înscrisul ca fiind o notificare sau aducere la cunoştinţă a unor condiţii ale operatorului economic.

Faţă de afirmaţiile din cuprinsul contestaţiei unde este menţionat faptul că *"Însăşi Autoritatea Contractantă, prin comisia de evaluare, a reţinut iniţial, în mod expres, în cadrul Procesului verbal evaluare financiară criticat faptul că Subscrisa şi-a asumat, fără nicio rezervă, modelul de contract de furnizare produse, astfel cum a fost publicat în SEAP. Având în vedere acest lucru, este evident că menţiunea referitoare la constituirea garanţiei de bună execuţie sub forma unor <reţineri succesive>, astfel cum apare în cadrul anexelor la propunerea financiară, este o simplă eroare materială",* autoritatea învederează că nu a reţinut, în mod expres, asumarea modelului de contract, ci doar a făcut trimitere spre acesta având în vedere cele consemnate în anexa la oferta finaciară. Practic era o trimitere spre condiţiile asumate iniţial şi care la momentul evaluării ofertei financiare erau încălcate.

Cât privește susținerile din cuprinsul contestaţiei unde este menţionat faptul că *"Autoritatea Contractantă nu a motivat în drept măsura dispusă privind calificarea ofertei Subscrisei drept neconformă, astfel, ignorând dispoziţiile art. 185 (2) lit. f) din OUG nr. 114/2011, privind obligativitatea motivării în cadrul raportului procedurii a soluţiei de respingere (...)*", organizatoarea procedurii arată că decizia luată este

motivată, în cuprinsul procesului verbal evaluare financiară nr. 686869/23.11.2018 şi în raportul procedurii nr. 686874/26.11.2018.

Referitor la critica din contestație conform căreia *„Prin dispoziţiile art. 137 (3) din Normele Metodologice legiuitorul a definit, în mod expres, cazurile în care o ofertă poate fi calificată drept neconformă, dar niciunul dintre respectivele cazuri nu este aplicabil ofertei/propunerii financiare depusă de Subscrisa în cadrul Procedurii de Atribuire*", autoritatea evidențiază că, având în vedere prevederile art. 137 alin (3) din HG nr. 395/2016, a considerat că oferta este neconformă raportându-se la literele a) și d).

Având în vedere cele de mai sus, ... afirmă că a luat decizia de excludere a operatorului economic având motive întemeiate şi fundament legal și solicită Consiliului respingerea contestaţiei formulată de SC ... SRL ca nefondată, cu menținerea, ca legale şi temeinice, a procesului verbal de evaluare financiară nr. 686869/23.11.2018 şi a raportului procedurii nr. 686874/ 26.11.2018.

În drept, invocă dispozițiile OUG nr. 114/2011, HG nr. 395/2016 și ale Legii nr. 101/2016.

În probațiune, s-au depus, în copie, înscrisuri din dosarul achiziției publice.

Prin adresele nr. ..., au fost transmise părților invitațiile de a studia dosarul cauzei, conform cererilor acestora transmise Consiliului, invitații la care a dat curs doar autoritatea contractantă.

Prin adresa nr. 0241/10.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 50997/10.12.2018, intervenienta învederează faptul că renunță la cererea sa de studiere a dosarului cauzei, cu mențiunea că își menține toate criticile aduse prin cererea de intervenție.

Prin adresa nr. ..., înregistrată la contestatoare sub nr. 2757/10.12.2018, conform documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul a solicitat contestatoarei, printre altele, un punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de autoritatea contractantă și intervenientă.

Prin adresa nr. 3761/10.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 51254/11.12.2018, contestatoarea formulează Întâmpinare la cererea de intervenție depusă de SC ... SRL, solicitând:

- pe cale de excepție: admiterea inadmisibilităţii cererii de intervenţie voluntară principală formulată de ... SRL şi, pe cale de consecinţă, respingerea cererii de intervenţie voluntară principală ca inadmisibilă.

- pe fond:

- respingerea, ca nefondată, a excepției inadmisibilităţii invocată de către ... SRL prin cererea de intervenţie;
- respingerea, ca nefondată, a excepției lipsei de interes de către ... SRL prin cererea de intervenţie
- respingerea, ca nefondată, a cererii de intervenţie accesorie formulată de ... SRL

• respingerea, ca nefondată, a cererii de intervenţie principală formulată de ... SRL.

şi, pe cale de consecinţă, admiterea contestaţiei nr. 49698, astfel cum a fost formulată şi înregistrată la CNSC, la data de 28.11.2018.

Față de prima cerere, contestatoarea arată că intervenienta nu face diferența între modalitățile de intervenție voluntară a terților în proces, respectiv condițiile necesar a fi îndeplinite în vederea formulării în mod legal a unei asemenea cereri incidentale.

Invocând dispozițiile art. 61-63 din Codul de procedură civilă, contestatorul subliniază faptul că în vederea admisibilităţii, în principiu, a cererii de intervenţie voluntară principală sunt evident mai stricte prin comparaţie cu cele impuse cererii de intervenţie voluntară accesorie, astfel cum sunt reglementate prin art. 61 (2) şi art. 63 din Codul de procedură civilă.

Pe cale de consecinţă, apreciază lipsită de sens şi neîntemeiată solicitarea formulată în subsidiar de Transcarpat ca, în situaţia respingerii ca inadmisibile a cererii de intervenţie accesorie, Consiliul să recalifice şi să admită cererea de intervenţie principală, atâta timp cât condiţiile de admisibilitate, în principiu, ale primei sunt evident mai puţin stricte prin comparaţie cu cele reglementate pentru ultima.

De asemenea, contestatoarea consideră că Transcarpat nu îndeplineşte condiţia, fie a pretinderii pentru sine a dreptului dedus judecaţii Consiliului prin petitele contestaţiei, fie a pretinderii unui drept strâns legat de acesta, astfel cum este reglementat prin art. 61 (2) din Codul de procedură civilă, în condițiile în care, prin contestație, nu s-a solicitat atribuirea contractului de achiziție publică societății sale, această prerogativă fiind în sarcina autorității contractante.

Cât privește excepțiile invocate de intervenientă, contestatoarea solicită respingerea acestora ca nefondate, având în vedere că îndeplinește condițiile de admisibilitate reglementate de art. 8 din Legea nr. 101/2016. Totodată, arată că societatea sa justifică și un interes în formularea contestației, având calitatea de persoană vătămată de actele emise de autoritate, precum și cea de operator economic implicat în procedura de atribuire, simpla respingere a ofertei neavând ca efect înlăturarea interesului său de a formula contestație în mod legal.

Pe fond, contestatoarea solicită respingerea cererii de intervenție, apreciind neîntemeiate argumentele prezentate în cuprinsul acesteia.

Prin adresa nr. 3765/10.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 51511/12.12.2018, contestatoarea formulează Concluzii scrise, în cuprinsul cărora, reiterând parte din susținerile anterioare, solicită respingere, ca nefondate, a apărărilor cuprinse în punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă; respingerea, ca inadmisibilă, a cererii de intervenție voluntară principală, respectiv, ca nefondată, cererea de intervenție accesorie, formulată de ... SRL, și admiterea contestației.

Prin adresa nr. 3767/12.12.2018, înregistrată la CNSC sub nr. 51528/12.12.2018, contestatoarea răspunde solicitărilor Consiliului, din cuprinsul adresei nr. ....

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de cerere de oferte, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „Sală simulare aplicații și antrenamente", cod CPV 34150000-3, prin publicarea în SICAP a invitației de participare nr. ..., valoarea estimată totală, fără TVA, fiind de 1.370.588,23 lei, fără TVA.

Potrivit documentului „*Declarație de participare*", în cadrul procedurii au fost depuse 4 oferte.

În raportul procedurii nr. 686874/26.11.2018 a fost consemnat modul de evaluare a ofertelor primite, ofertele respinse, motivele care au stat la baza acestei decizii, precum și desemnarea ofertei depuse de SC ... SRL câștigătoare a procedurii.

Nemulțumită fiind de decizia de respinge a ofertei sale, SC ... SRL (consemnând cauțiunea aferentă, potrivit dispozițiilor art. 61^1 din Legea nr. 101/2016) a formulat contestația de față, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Solicitarea contestatoarei, de suspendare a procedurii de atribuire, a fost soluționată prin Încheierea nr. ..., fiind respinsă, ca nefondată.

Față de cererea de intervenție depusă de SC ... SRL, văzând că aceasta are calitate şi capacitate procesuală şi a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertanta declarată câștigătoare, astfel cum rezultă din raportul procedurii nr. 686874/26.11.2018, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenţie în interesul autorității contractante, respectiv acela de respingere a contestației și menținere ca fiind legale a actelor întocmite de achizitoare, prin care a fost desemnată câștigătoare oferta sa.

În temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va analiza cu prioritate excepțiile invocate în cauză, constatând următoarele:

În ceea ce privește „*excepția obiectului vădit nefondat al contestației*", invocată de autoritatea contractantă, Consiliul observă că aceasta nu poate fi încadrată în categoria excepțiilor de procedură sau de fond prevăzute de lege, motivele expuse de autoritate în susținerea ei subsumându-se cercetării pe fond a criticilor din cuprinsul contestației, urmând a fi astfel analizate cu această ocazie.

Aceleași considerente vor fi reținute și în cazul excepției inadmisibilității contestației, ca o consecință a faptului că „*este bazată pe un argument contrar principiului de drept Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, respectiv contestatoarea nu îşi poate invoca propria culpă în a fi depus o ofertă redactată în alţi termeni decât cei impuşi prin documentaţia de atribuire*", precum și ca urmare a indicării,

în cuprinsul ei, a unui temei legal pretins inaplicabil cauzei, invocată prin cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, și în acest caz verificarea aspectelor semnalate urmând a fi analizate odată cu fondul cauzei.

Față de excepția lipsei de interes, invocată tot de intervenientă, contrar afirmațiilor acesteia, Consiliul constată că scopul urmărit de contestatoare este acela al înlăturării caracterului inadmisibil al propriei oferte, neavând relevanță, în atingerea acestui rezultat, existența altor oferte admisibile sau nu în procedură. Prin urmare, solicitarea contestatoarei de anulare a actelor atacate doar în partea care privește evaluarea propriei oferte, coroborat cu solicitarea de reevaluare a propriei oferte, este pe deplin justificată de cauză.

Cu toate acestea, Consiliul stabilește caracterul inadmisibil al cererii din cuprinsul contestației vizând *„emiterea unui nou raport al procedurii pentru partea corespunzătoare declarării propunerii financiare drept (...) câștigătoare*", având în vedere că, potrivit art. 127 alin. (1) lit. m) din HG nr. 395/2016, stabilirea ofertelor câștigătoare reprezintă atributul exclusiv al comisiei de evaluare.

Pe fond, examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată următoarele:

Prin contestația sa, SC ... SRL critică decizia de respingere a ofertei sale, din cuprinsul procesului verbal evaluare financiară nr. 686869/23.11.2018, respectiv din raportul procedurii nr. 686874/26.11.2018, având la bază următoarele motive:

„comisia de evaluare a stabilit că propunerea financiară a SC ... SRL- este ofertă neconformă întrucât autoritatea contractantă a stabilit prin fișa de date a achiziției, respectiv art.14 din modelul de contract asumat de acesta faptul că garanția de bună execuție se realizează prin una din următoarele metode:

Garanția de bună execuție se constituie în procent de 5% din valoarea contractului fără TVA astfel:

- *Sub formă de instrument de garantare emis în condițiile legii (...)*
- *Prin virament bancar în contul autorității contractante (...)*
- *Prin depunerea la casieria autorității contractante a sumei în numerar numai în condițiile prevăzute de art. 40 alin. (2) din HG nr. 395/2016.*

Ofertantul ... SRL a precizat în documentele ce însoțesc propunerea financiară că – Garanția de bună execuție va fi constituită sub formă de rețineri succesive în cuantum de 5%.

Drept urmare a celor consemnate anterior, comisia de evaluare a declarat propunerea financiară a ofertantului mai sus amintită ca neconformă".

Față de motivele reținute de autoritatea contractantă, ofertanta contestatoare apreciază că mențiunea din cuprinsul propunerii sale financiară este o eroare materială, susținută de celelalte informații regăsite în oferta sa.

Preliminar analizării situației expuse prin contestație, având în vedere și susținerile părților referitoare la incidența în cauză a dispozițiilor HG nr. 395/2016, Consiliul reține că aplicabilitatea acestui act normativ în prezenta procedură este pe deplin demonstrată de precizările regăsite la cap. III.1.9) Legislatia aplicabilă, din fișa de date a achiziției, unde, la lit. e), este menționată și *„H.G. 395/2016 pentru aprobarea normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea*

contractelor de achiziţie publica/acordului cadru din legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare".

De altfel, Consiliul constată că, răspunzând la critica din cuprinsul contestației referitoare la nemotivarea în drept a deciziei de respingere, autoritatea contractantă a indicat, prin punctul său de vedere transmis conform dispozițiilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, faptul că a considerat oferta neconformă raportându-se la literele a) și d) ale art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016, aspect de natură să confirme, o dată în plus, incidența dispozițiilor acestor norme.

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că singurul motiv care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei contestatoarei a fost precizarea regăsită în Anexa la formularul propunerii financiare, referitoare la modul de constituire a garanției de bună execuție, unde, ofertantul ... SRL a precizat că – *Garanția de bună execuție va fi constituită sub formă de rețineri succesive în cuantum de 5%*, contrar cerințelor documentației de atribuire, conform cărora nu era permisă o astfel de modalitate de alcătuire a acestui tip de garanție.

Se mai reține, de asemenea, că informații referitoare la garanția de bună execuție se regăsesc în oferta contestatoarei în cuprinsul propunerii financiare, precum și în partea dedicată asumării modelului de contract pus la dispoziție de autoritatea contractantă odată cu documentația de atribuire.

Astfel, Consiliul observă că, într-adevăr, în Anexa la formularul propunerii financiare este menționată sintagma avută în vedere de autoritatea contractantă în respingerea ofertei, dar, constată totodată că, în modelul de contract asumat de ofertant, regăsit la pag. 88-96 din dosarul achiziției, modul de constituire a garanției de bună execuție respectă întru-totul cerințele impuse.

Din documentele probatorii regăsite la dosarul cauzei, se mai observă că autoritatea contractantă și-a îndeplinit obligația solicitării de clarificări la oferta depusă de contestatoare, însă, constată Consiliul, niciuna dintre întrebările transmise cu această ocazie nu au făcut referire și la aspectele privind modul de constituire al garanției de bună execuție.

În opinia Consiliului, clarificarea ofertei și sub acest aspect era absolut necesară prin prisma respectării principiului proporționalității, statuat la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 114/2011, în virtutea căruia, atunci când se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, autoritatea trebuie să solicite precizări ofertantului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pur și simplu a ofertei.

Un asemenea demers era cu atât mai necesar cu cât informațiile referitoare la acest aspect regăsite în oferta contestatoarei erau contradictorii, astfel că, anterior emiterii deciziei de respingere, era necesar ca autoritatea contractantă să elimine orice dubiu cu privire la intenția ofertantei legată de modul de constituire a garanției de bună execuție, în virtutea respectării obligației ce îi revenea conform 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.

Nu lipsite de relevanță sunt și dispozițiile art. 135 din același act normativ, potrivit cărora - *(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. (2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condiţiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă. (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.*

Chiar dacă trimiterile textului legal anterior citat fac referire la prescripțiile art. 209 din Legea nr. 98/2016, în contextul în care și în OUG nr. 114/2011 există un articol similar acestuia, respectiv art. 176, aceste prevederi se aplică *mutantis mutandis* și în cauza de față, cu atât mai mult cu cât, așa cum s-a arătat și mai sus, eroarea strecurată în Anexa la formularul propunerii financiare referitoare la modul de constituire a garanției de bună execuție este susținută în mod neechivoc de sensul şi de conținutul clauzei regăsită la art. 14 din modelul de contract asumat fără obiecțiuni de către ofertantă.

Totodată, Consiliul reține că garanția de bună execuție, al cărui scop este acela al asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului, reprezintă, în fapt, o clauză contractuală, iar nu o specificație tehnică a cărei nerespectare să conducă la incidența art. 137 alin. (1) lit. a) sau d) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, cazul dedus judecății ar putea fi încadrat în situația descrisă la lit. b) a aceluiași temei legal, respectiv *conţine propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit autoritatea contractantă în cadrul documentaţiei de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deşi a fost informat cu privire la respectiva situaţie, nu acceptă renunţarea la clauzele respective,* însă numai în limitele stipulate de acesta, și anume, atunci când ofertantul refuză să renunțe la clauzele apreciate dezavantajoase de autoritate, ulterior clarificării.

Or, având în vedere că în modelul de contract asumat de către contestatoare, aceasta a prevăzut constituirea garanției de bună execuție în condițiile impuse de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că nu se poate vorbi în speță despre modificarea acestei clauze. Singura inadvertență se regăsește la nivelul propunerii financiare, care prevede o specificație contradictorie celei din modelul de contract, acest fapt fiind în mod evident un viciu de formă, așa cum este definit de legiuitor la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016.

În aceste condiții, Consiliul stabilește că îi revenea autorității contractante obligația de a face aplicarea dispozițiilor art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 în sensul de a cere ofertantei clarificări asupra acestui aspect al propunerii financiare și de a cere acesteia, în aplicarea dispoziției art. 135 alin. (1) din același act normativ, eventuala corectare a viciului de formă regăsit în propunerea financiară.

În lipsa unui astfel de demers de clarificare a modalității de constituire a garanției de bună execuție, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a respins, în mod eronat, oferta SC ... SRL.

Cele mai sus expuse nu conduc la infirmarea obligației ofertanților de a respecta cerințele documentației de atribuire și de a întocmi o ofertă conformă, și nici la acordarea unui tratament preferențial contestatoarei, în condițiile în care legiuitorul a înțeles să reglementeze în mod distinct situațiile de tipul celor deduse judecății, tocmai pentru a elimina un eventual formalism excesiv de care ar putea da dovadă unele autorități contractante în evaluarea ofertelor.

De asemenea, având la bază aceleași considerente, nu se pot reține ca întemeiate nici susținerile intervenientei, invocate pe cale de excepție, clarificarea informațiilor legate de garanția de bună execuție din oferta contestatoarei fiind permisă de legiuitor, prin prisma atât a prevederilor legale exprese, cât și a principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică în domeniile apărării și securității.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul va admite, în parte, contestația formulată de SC ... SRL, va dispune anularea procesului-verbal evaluare financiară nr. 686.869/23.11.2018 și a raportului procedurii nr. 686.874/26.11.2018, în partea dedicată evaluării ofertei SC ... SRL și a actelor subsecvente acestora, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ... SRL, conform celor expuse în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

În temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6), din același act normativ, respinge, ca inadmisibilă, cererea din cuprinsul contestației vizând *„emiterea unui nou raport al procedurii pentru partea corespunzătoare declarării propunerii financiare drept (...) câștigătoare*”.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) si art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenţie formulată de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate de autoritatea contractantă și de către intervenientă.

Admite, în parte, contestația depusă de SC ... SRL, în contradictoriu cu ....

Anulează procesul-verbal evaluare financiară nr. 686.869/ 23.11.2018 și a raportul procedurii nr. 686.874/26.11.2018, în partea dedicată evaluării ofertei SC ... SRL și a actelor subsecvente acestora, și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei SC ... SRL, conform celor expuse în motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca inadmisibilă, cererea din cuprinsul contestației vizând *„emiterea unui nou raport al procedurii pentru partea corespunzătoare declarării propunerii financiare drept (...) câștigătoare*".

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție formulată de SC ... SRL și o respinge.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile lucrătoare de la comunicare pentru părţile cauzei, respectiv de la data luării la cunoştinţă de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE COMPLET,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**

Redactată în ... exemplare, conține ... pagini.