



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: 17.08.2022

Prin contestația nr. 11/20.07.2022, transmisă, inițial, prin mijloace electronice (e-mail) și, ulterior, transmisă, în original, prin curierat rapid, înregistrată la Consiliu sub nr. 36065/21.07.2022 și, respectiv sub nr. 36353/22.07.2022, ..., cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal de doamna ... – administrator, a contestat raportul procedurii nr. 4575/15.07.2022, emis în cadrul procedurii simplificată, online, fără etapă finală de licitație electronică a contractului de achiziție publică având ca obiect „Furnizare materiale sanitare și echipamente cu rol în dezinfecție în cadrul proiectului «Achiziția de echipamente sanitare necesare desfășurării activității didactice pentru ...»”, cod CPV 33140000-3 (Rev.2), **lot 3** – „Săpun lichid și dezinfectanți”, inițiată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în și a solicitat anularea raportului procedurii nr. 4575/15.07.2022 și obligarea autorității contractante „să refacă etapa de evaluare tehnică cu luarea în considerare și a propunerii tehnice” depusă de contestatoare și „atribuirea lotului 3 cu respectarea prevederilor legale”.

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

În susținerea contestației, ... arată că în data de 28.06.2022 , la ora 16.18, a primit din partea autorității contractante o solicitare de clarificări pentru care a primit termen limită de răspuns data de 04.07.2022.

Contestatoarea precizează că în data de 30.06.2022, ora 11.24, a transmis un răspuns către autoritatea contractantă, răspuns care aparținea unei alte autorități contractante și conținea documentele aferente răspunsului pentru respectiva autoritate contractantă.

De asemenea, ... menționează că în data de 15.07.2022, autoritatea contractantă a transmis raportul procedurii prin care societatea sa este descalificată, întrucât, în mod recunoscut și de către autoritatea contractantă, a transmis răspunsul care se cuvenea altei autorități contractante. Autoritatea contractantă a afirmat că *„o eventuală solicitare de clarificări/acordare a unui nou termen ar crea premisele încălcării principiilor nediscriminării și tratamentului egal”* ori, art. 209 alin. (1¹) prevede că *„în situația în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în situația în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita ofertanților/candidaților, de regulă, cel mult de două ori în cursul procesului de evaluare, clarificări/completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței”*, ceea ce înseamnă că legiuitorul înțelege că o a doua solicitare nu reprezintă încălcare a principiului nediscriminării și tratamentului egal.

Mai mult decât atât, contestatoarea subliniază că societatea sa a dat dovadă de celeritate în încercarea de a răspunde clarificărilor solicitate, iar o solicitare de clarificări necesită un termen minim de răspuns de 24 de ore. Ori, și cu o nouă solicitare de clarificări, respectând principiul termenului minim de răspuns, societatea sa tot ar fi putut să se încadreze în termenul de răspuns oferit inițial - până la data de 04.07.2022, deci, în fapt, nu ar fi fost necesar un nou termen pentru răspuns care să justifice argumentarea autorității contractante că ar fi creat premisele unei discriminări.

În urma analizei conținutului adresei nr. 4243/28.06.2022, reprezentând solicitarea de clarificări, ..., consideră că informațiile solicitate nu sunt de natură a afecta corespondența produselor oferite cu cerințele caietului de sarcini.

În plus, contestatoarea susține că în cadrul procedurii a depus graficul de livrare.

Totodată, ... opinează că, în condițiile în care în speță este vorba de un contract de furnizare de produse, care implică efectiv comandă autoritate contractantă - comandă producător - livrare, solicitarea autorității contractante este excesivă, întrucât cere divulgarea unor informații care aparțin secretului comercial și reclamă prezentarea unor documente suplimentare care nu sunt solicitate de legislație, în mod normal, pentru o societate comercială.

Contestatoarea învederează că modul în care societatea sa va îndeplini activitățile implicate în livrarea dezinfectanților oferați (activități implicate, drum critic, constrângeri, resursele alocate) ține de modelul de business adoptat și intră la capitolul secret comercial pentru

care, nu poate fi înlăturată de la o procedură dacă refuză să îl divulge. Cum alege ca societate să împartă resursele în vederea îndeplinirii contractului aparține strict societății comerciale.

Prin adresa nr. 4699/21.07.2022, transmisă de două ori prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la CNSC sub nr. 36279/21.07.2022 și, respectiv sub nr. 38634/04.08.2022, autoritatea contractantă a înaintat punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de

... susține că ..., prin contestația sa, încearcă să invoce culpa autorității contractante pentru un comportament lipsit de diligență ce îi revenea tocmai contestatoarei.

Astfel, autoritatea contractantă opinează că afirmația societății ... cu privire la faptul că *„În data de 15.07.2022 autoritatea contractantă a transmis raportul procedurii prin care societatea noastră este descalificată întrucât, în mod recunoscut și de către autoritatea contractantă, am transmis răspunsul care se cuvenea altei autorități contractante”*, nu poate fi reținută ca întemeiată pentru formularea unei contestații. ... recunoaște că răspunsul la clarificări era pentru o altă autoritate contractantă și o altă procedură, însă ceea ce nu este de înțeles este faptul că societatea contestatoare nu își asumă acest aspect, încercând să creeze impresia că e culpa autorității contractante că aceasta nu a fost atentă atunci când a încărcat răspunsul în secțiunea corespunzătoare. Ori, nu au existat motive de ordin tehnic privind sistemul electronic al achizițiilor publice sau vreun caz de forță majoră, care să justifice resolicitarea aceleiași clarificări societății, în condițiile în care a avut suficient timp pentru a-și pregăti răspunsul și a-l încărca. Chiar contestatoarea recunoaște că a avut termen de 4 zile lucrătoare, mai mult decât suficient pentru elaborarea și încărcarea răspunsului.

... consideră că nici afirmația potrivit căreia *„în fapt, nu ar fi fost necesar un nou termen pentru răspuns care să justifice argumentarea autorității contractante că ar fi creat premisele unei discriminări”*, nu poate fi reținută.

Autoritatea contractantă arată că în urma analizei propunerii tehnice a contestatoarei, comisia de evaluare a reținut că aceasta nu a respectat cerința documentației de atribuire privind prezentarea în cadrul ofertei a Graficului de livrare, în condițiile în care autoritatea contractantă a indicat, în mod expres, obligativitatea prezentării acestuia.

Ori, documentația de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, 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 stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv. Deși ... a omis

prezentarea documentului respectiv, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei clarificări cu privire la acest aspect, însă prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea atașează un DUAЕ pentru o altă procedură și pentru altă autoritate contractantă, cum de altfel recunoaște prin contestația sa.

În aceeași ordine de idei, ... subliniază că este greu să confunzi un DUAЕ cu un răspuns ce ține de evaluarea propunerii tehnice, cu atât mai mult cu cât și denumirea fișierului era „DUAЕ”, ori, e clar că ... nu a depus nici măcar o minimă diligență în ceea ce privește comportamentul său privind încărcarea răspunsului la clarificări, cu atât mai mult, cu cât în căsuța aferentă răspunsului precizează „Vă transmitem documentul DUAЕ completat cu informațiile solicitate”.

Ori, faptul că ... face trimitere la art. 209 alin (1¹) din Legea nr. 98/2016 denotă că se află într-o eroare, deoarece, legiuitorul a instituit acest articol de lege pentru clarificări sau completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor, ori, în cadrul ofertei contestatoarei nu există Graficul de livrare, iar o nouă solicitare de clarificări nu făcea decât să confirme un comportament nelegal al comisiei de evaluare, favorizator deopotrivă.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că nu îi este imputabil faptul că ofertantul nu a înțeles să depună graficul de livrare și nici să îl prezinte prin răspunsul său de clarificări, deoarece prin însușirea documentației de atribuire și depunerea ofertei se prezumă că acesta era perfect informat și conștient atât de obligativitatea depunerii acestor documente în cadrul propunerii tehnice cât și de sancțiunea nerespectării acestei cerințe respectiv respingerea ofertei ca neconformă, fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform căroră: *„propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini”*. Oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme [art. 137 alin. (1) din hotărâre], un ofertant neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”.

Totodată, ... subliniază că rolul comisiei de evaluare este, potrivit dispozițiilor art. 127 lit. f) din HG nr. 395/2016, de a verifica propunerile tehnice prezentate de ofertanți, din punctul de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini. În cazul în care prevederile documentației de atribuire erau considerate ca fiind contradictorii/erone/ambiguu formulate sau abuzive, ... avea dreptul de a contesta respectivele înscrisuri, potrivit prevederilor legale, în caz contrar ele fiind pe deplin aplicabile și obligatorii.

Mai mult, autoritatea contractantă susține că potrivit prevederilor art. 125 din HG nr. 395/2016, *„Riscurile transiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă”*, text de lege aplicabil și răspunsurilor la solicitările de clarificări, cum e speța de față.

... afirmă că a analizat răspunsul încărcat în secțiunea aferentă și a reținut, în cadrul procesului verbal nr. 4493 din 12.07.2022 neconcludența acestuia, stabilind că oferta ... este inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Această decizie a fost reiterată în cadrul raportului procedurii nr. 4575/15.07.2022.

În acest sens, autoritatea contractantă opinează că decizia sa este corectă, în condițiile în care, răspunsul contestatoarei transmis este neconcludent, ... neclarificând cum este îndeplinită cerința cu privire la prezentarea Graficului de livrare.

... mai arată că prin formularul de propunere tehnică s-a solicitat să se prezinte:

„Graficul de livrare/implementare al contractului

[În acest capitol, ofertantul trebuie să prezinte graficul de livrare/implementare al contractului. Graficul propus trebuie să fie corelat cu activitățile realizate și timpul propus pentru livrarea produselor]

Cel puțin următoarele informații trebuie prezentate în această secțiune a propunerii tehnice :

a. Denumirea activităților;

b. Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent realizării activităților din contract și obținerii rezultatelor solicitate;

c. Durata/succesiunea activităților și inter-relaționarea lor;

d. Punctele cheie de control (jaloane/milestones);

e. Resursele alocate activităților (zile/activitate/rezultat - după caz).

Graficul propus trebuie să conțină resursele planificate pentru realizarea activităților și trebuie:

1. să aibă corespondent în informațiile incluse la secțiunea Modalitatea de îndeplinire/realizare a operațiunilor cu titlu accesoriu

2. să demonstreze:

i. înțelegerea conținutului/prevederilor caietului de sarcini;

ii. abilitatea de a transpune activitățile necesar a fi desfășurate într-un grafic de livrare fezabil, de așa manieră încât să se asigure realizarea activităților în termenul specificat;

3. să fie realizat utilizând un software de planificare a timpului (inclusiv Excel) compatibil cu infrastructura TIC existentă la nivel de autoritate contractantă, astfel cum este indicat de către autoritatea contractantă în caietul de sarcini;

4. să utilizeze o scală de planificare a duratei/duratelor activității/activităților (calendar lunar/zi lucrătoare - astfel cum este solicitarea autorității contractante);

5. să permită corelarea informațiilor incluse în graficul de livrare cu informațiile din propunerea financiară, pentru aceeași unitate de planificare”.

Autoritatea contractantă precizează că prin transmiterea unui răspuns care nu era aferent prezentei proceduri, ... și-a asumat riscul

aplicării dispozițiilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, respectiv „(5) în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor 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”

În cele ce urmează, ... invocă jurisprudență, concluzionând că nu putea accepta să solicite din nou aceleași clarificări, pentru că ... nu a fost în măsură să încarce un document la procedura aferentă, chiar și în condițiile în care ar fi răspuns corect, deoarece un astfel de demers ar fi fost de natură a crea un avantaj evident în favoarea contestatoarei, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform căroră: „autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu a fost elaborată cu respectarea documentației de atribuire într-o ofertă conformă.

În cele ce urmează, autoritatea contractantă invocă jurisprudență, respectiv art. 209 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, art. 134 alin. (1), art. 135 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, pentru motivele de fapt și de drept arătate mai sus și pentru respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al transparenței ce trebuie să guverneze orice procedură de achiziție publică, autoritatea contractantă solicită respingerea tuturor capetelor de cerere ca fiind nefondate.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a solicitat contestatoarei, în temeiul dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, să transmită în termen de 5 zile lucrătoare de la data sesizării Consiliului, sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, recipisa de consemnare a cauțiunii, în original, în cuantum de 2.412,47 lei, cu precizarea că aceasta se va constitui conform art. 1057 din Codul de procedură civilă, coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

De asemenea, Consiliul a solicitat ... înaintarea contestației în original, însoțită de mijloacele de probă pe care se sprijină aceasta.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 36635/25.07.2022, ... a înaintat dovada constituirii cauțiunii.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 36793/26.07.2022, ... a depus la dosarul cauzei, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208248818/1, în sumă de 2.412,47 RON, eliberată la data de 22.07.2022 de CEC Bank – Sucursala Iași.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 38882/05.08.2022, autoritatea contractantă a înaintat dovada transmiterii dosarului achiziției prin curierat rapid.

Prin adresa nr. 5019/04.08.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 39139/05.08.2022, autoritatea contractantă a înaintat documentele necesare soluționării contestației.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 40165/11.08.2022, autoritatea contractantă a înaintat documente necesare soluționării contestației.

Prin corespondența înregistrată la CNSC sub nr. 40285/12.08.2022, autoritatea contractantă a înaintat propunerea tehnică depusă de ..., în format electronic.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire simplificată, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, divizat pe loturi, având ca obiect „Furnizare materiale sanitare și echipamente cu rol în dezinfecție în cadrul proiectului «Achiziția de echipamente sanitare necesare desfășurării activității didactice pentru ...»”, cod CPV 33140000-3 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../23.05.2022, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor sau a cererilor de participare, la data de 14.06.2022, ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată, fără TVA, între 390.735,29 lei.

Prezenta procedură de atribuire este organizată pe loturi (4 loturi), contestația formulată de ... vizând rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului nr. 3 – „*Săpun lichid și dezinfectanți*”, care are o valoare estimată, fără TVA, de 120.623,53 lei.

Așa cum rezultă din Procesul-verbal nr. 4005/14.06.2022, în cadrul lotului 3, au depus oferte 5 operatori economici.

Prin Raportul procedurii nr. 4575/15.07.2022, membrii Comisiei de evaluare au declarat câștigătoare, în cadrul lotului 3, oferta depusă de ..., în timp ce oferta depusă de ... a fost respinsă în urma evaluării propunerii tehnice.

Fiind nemulțumit de rezultatul procedurii de atribuire aferent lotului nr. 3, ofertantul ... a sesizat Consiliul cu contestația care formează obiectul prezentului dosar, solicitând anularea raportului procedurii nr. 4575/15.07.2022 și obligarea autorității contractante „să refacă etapa de evaluare tehnică cu luarea în considerare și a propunerii tehnice” depusă de contestatoare și „atribuirea lotului 3 cu respectarea prevederilor legale”.

... a făcut dovada constituirii cauțiunii conform dispozițiilor art. 61¹ alin. (1) lit. a) și alin. (2¹) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, depunând, în original, Recipisa de consemnare nr. 208248818/1 din 22.07.2022, eliberată de CEC Bank – Sucursala Iași, în valoare de 2.412,47 lei.

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

Pe fondul cauzei, Consiliul reține că oferta contestatoarei a fost respinsă întrucât răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 4243/28.06.2022 a fost apreciat ca fiind neconcludent de către membrii Comisiei de evaluare.

Verificând prevederile documentației de atribuire, Consiliul constată că în Fișa de date a achiziției, la punctul IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat, printre alte cerințe, și pe următoarea:

„Propunerea tehnică va conține:

1) Formularul «propunerea tehnică» pus la dispoziție de Autoritatea contractantă, completat corespunzător conform îndrumărilor din acesta. Lipsa informațiilor cerute în acest formular sau prezentarea de informații generice, ce nu au legătură directă cu produsele propriu zise descrise în documentele caietului de sarcini atrage declararea ofertei ca neconformă, în condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, potrivit alin. (3) art. 137 din HG 395/2016, considerându-se că nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini”.

Analizând Formularul nr. 12 intitulat „Propunere tehnică pentru achiziția de produse”, pus la dispoziția ofertanților de către autoritatea contractantă în Secțiunea „Formulare” a documentației de atribuire, Consiliul reține că la punctul 2, se regăsește următoarea cerință:

„2. Graficul de livrare/implementare al contractului:

[În acest capitol, Ofertantul trebuie să prezinte graficul de livrare/implementare al contractului. Graficul propus trebuie să fie corelat cu activitățile realizate și timpul propus pentru livrarea produselor]

Cel puțin următoarele informații trebuie prezentate în această secțiune a Propunerii tehnice :

a. Denumirea activităților;

b. Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent realizării activităților din Contract și obținerii rezultatelor solicitate;

c. Durata/succesiunea activităților și inter-relaționarea lor;

d. Punctele cheie de control (jaloane/milestones);

e. Resursele alocate activităților (zile/ activitate/rezultat – după caz).

Graficul propus trebuie să conțină resursele planificate pentru realizarea activităților și trebuie:

a. să aibă corespondent în informațiile incluse la secțiunea Modalitatea de îndeplinire/realizare a operațiunilor cu titlu accesoriu

b. să demonstreze:

i. înțelegerea conținutului/prevederilor Caietului de Sarcini;

ii. abilitatea de a transpune activitățile necesare a fi desfășurate într-un grafic de livrare fezabil, de așa manieră încât să se asigure realizarea activităților în termenul specificat;

c. să fie realizat utilizând un software de planificare a timpului (inclusiv Excel) compatibil cu infrastructura TIC existentă la nivel de Autoritate Contractantă, astfel cum este indicat de către Autoritatea Contractantă în Caietul de sarcini;

d. să utilizeze o scală de planificare a duratei/duratelor activității/activităților (calendar lunar/zi lucrătoare – astfel cum este solicitarea Autorității Contractante);

e. să permită corelarea informațiilor incluse în graficul de livrare cu informațiile din Propunerea Financiară, pentru aceeași unitate de planificare”.

Analizând propunerea tehnică a contestatoarei, membrii Comisiei de evaluare au constatat inexistența graficului solicitat prin documentația de atribuire, astfel încât au transmis societății ... solicitarea de clarificări nr. 4243/28.06.2022, având următorul cuprins:

„vă rugăm să clarificați următoarele aspecte ale ofertei tehnice.

1. (...) cum este îndeplinită cerința cu privire la Graficul de livrare având în vedere că trebuia să prezentați un grafic, care să conțină următoarele informații:

a. Denumirea activităților;

b. Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent realizării activităților din Contract și obținerii rezultatelor solicitate;

c. Durata/succesiunea activităților și inter-relaționarea lor;

d. Punctele cheie de control (jaloane/milestones);

e. Resursele alocate activităților (zile/activitate/rezultat – după caz), având în vedere că aceste informații nu se regăsesc în oferta tehnică depusă.

Vă rugăm să ne transmiteți clarificările solicitate până la data de 04.07.2022, prin intermediul SICAP (Secțiunea «Întrebări»), în format electronic, conform art. 62 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și conform Legii nr. 455/2001”.

La această solicitare de clarificări, contestatoarea a răspuns la data de 30.06.2022, așa cum rezultă din probatoriul administrat la dosarul cauzei de către autoritatea contractantă, înregistrat la CNSC sub nr. 40165/11.08.2022, anexând un DUA care aparține unei alte autorități contractante, respectiv

Acest răspuns a fost analizat de către membrii Comisiei de evaluare, care, în cadrul Procesului-verbal nr. 4493/12.07.2022, au consemnat următoarele:

„Analizând răspunsul operatorului economic, se constată că acesta nu este concludent, deoarece ofertantul nu răspunde la ceea ce s-a solicitat, respectiv atașează un răspuns adresat unei alte comune, cu un alt obiectiv.

Autoritatea declară că o eventuală solicitare de clarificări/acordarea unui nou termen ar crea premisele încălcării principiilor nediscriminării și tratamentului egal, prin avantajarea ofertantei. În acest sens cazuistica judiciară, respectiv jurisprudența arată că astfel de comportament nu poate fi decât sancționat cu excluderea din procedură.

Conform normelor anexate Hotărârii Guvernului nr. 395/2016: «Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forța majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă». Prin depunerea ofertelor la procedură, se presupune că ofertanții și-au însușit documentația de atribuire fără rezerve, ceea ce înseamnă că nu li se poate scuza nicio abatere de la prescripțiile ei, opozabile în cel mai mic detaliu (relevantă în acest sens este decizia nr. 1555 din 6 martie 2012 a Curții de Apel Craiova, Secția de contencios administrativ și fiscal). Astfel cum un contract constituie legea părților, și documentația de atribuire, întovărășită de clarificările postate în SEAP, are aceeași valoare pentru părți, iar niciuna dintre ele nu îi poate ignora sau nesocoti clauzele. SEAP nu verifică conținutul și integritatea documentelor. Conformitatea unui document/fișier atașat în cadrul procedurilor de atribuire cade strict în sarcina operatorilor economici și a autorităților contractante. Pe perioada de depunere a ofertei în cadrul procedurilor online operatorii economici participanți la procedură pot oricând să facă verificări asupra documentelor depuse în secțiunea documente de calificare și propunere tehnică. Prin urmare, sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG 395/2016. Cerință minimă neîndeplinită (...).

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

Încă de la data publicării în SEAP a documentației de atribuire, operatorii economici interesați au luat cunoștință de obligația acestora de a prezenta în cadrul propunerii tehnice un: „2. Grafic de livrare/implementare al contractului:

[În acest capitol, Ofertantul trebuie să prezinte graficul de livrare/implementare al contractului. Graficul propus trebuie să fie corelat cu activitățile realizate și timpul propus pentru livrarea produselor]

Cel puțin următoarele informații trebuie prezentate în această secțiune a Propunerii tehnice :

- a. Denumirea activităților;
- b. Evidențierea constrângerilor pentru derularea activităților într-o succesiune logică și cronologică, inclusiv prin identificarea drumului critic aferent realizării activităților din Contract și obținerii rezultatelor solicitate;
- c. Durata/succesiunea activităților și inter-relaționarea lor;
- d. Punctele cheie de control (jaloane/milestones);
- e. Resursele alocate activităților (zile/ activitate/rezultat – după caz).

Graficul propus trebuie să conțină resursele planificate pentru realizarea activităților și trebuie:

- a. să aibă corespondent în informațiile incluse la secțiunea Modalitatea de îndeplinire/realizare a operațiunilor cu titlu accesoriu
- b. să demonstreze:
 - i. înțelegerea conținutului/prevederilor Caietului de Sarcini;
 - ii. abilitatea de a transpune activitățile necesar a fi desfășurate într-un grafic de livrare fezabil, de așa manieră încât să se asigure realizarea activităților în termenul specificat;
- c. să fie realizat utilizând un software de planificare a timpului (inclusiv Excel) compatibil cu infrastructura TIC existentă la nivel de Autoritate Contractantă, astfel cum este indicat de către Autoritatea Contractantă în Caietul de sarcini;
- d. să utilizeze o scală de planificare a duratei/duratelor activității/activităților (calendar lunar/zi lucrătoare – astfel cum este solicitarea Autorității Contractante);
- e. să permită corelarea informațiilor incluse în graficul de livrare cu informațiile din Propunerea Financiară, pentru aceeași unitate de planificare”.

Conținutul documentației de atribuire, astfel cum aceasta a fost întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, 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 stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului de achiziție.

Prin necontestarea în cadrul termenului legal, prevederile anterior menționate ale documentației de atribuire, referitoare la modalitatea de elaborare a propunerii tehnice, au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În acest context, Consiliul apreciază ca fiind tardive următoarele critici ale contestatoarei:

- „în condițiile în care în care avem în discuție un contract de furnizare de produse, care implică efectiv comandă autoritate contractantă - comandă producător - livrare, solicitarea autorității contractante este excesivă (...), întrucât cere divulgarea unor informații care aparțin secretului comercial și reclamă prezentarea unor documente suplimentare care nu sunt solicitate de legislație, în mod normal, pentru o societate comercială”;

- „modul în care societatea noastră va îndeplini activitățile implicate în livrarea dezinfectanților oferați (activități implicate, drum critic, constrângeri, resursele alocate) ține de modelul de business adoptat și intră la capitolul secret comercial pentru care noi, ca societate, nu putem fi înlăturați de la o procedură dacă refuzăm să îl divulge. Cum alegem ca societate să împartă resursele în vederea îndeplinirii contractului aparține strict societății comerciale”.

În situația în care contestatoarea aprecia că prevederile documentației de atribuire referitoare la prezentarea „*Graficului de livrare/implementare al contractului*” erau excesive/încălcau dispozițiile legale în vigoare, nimic nu o împiedica să conteste, în cadrul termenului legal stipulat de art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, documentația de atribuire. Neprocedând de această manieră s-a născut obligația contestatoarei de a respecta întocmai prevederile documentației de atribuire, inclusiv cele referitoare la prezentarea „*Graficului de livrare/implementare al contractului*”.

Analizând propunerea tehnică a contestatoarei, Consiliul reține că în cadrul acesteia nu a fost inserat un grafic de livrare care să respecte prevederile documentației de atribuire, la pag. 5 din cuprinsul acesteia regăsindu-se doar următoarea precizare: „*Graficul de livrare: livrarea se va face în termen de maxim 10 zile de la comanda fermă efectuată de către autoritatea contractantă*”.

Față de această situație, raportat la prevederile documentației de atribuire, Consiliul apreciază că, în mod corect, autoritatea contractantă i-a transmis contestatoarei solicitarea de clarificări nr. 4243/28.06.2022.

Analizând documentele aflate la dispoziția sa, Consiliul constată că, aplicând principiul tratamentului egal stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă a transmis solicitări de clarificări identice și celorlalți operatori economici care au depus oferte în cadrul lotului contestat, aceștia răspunzând în cadrul termenului acordat.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei referitoare la faptul că, din eroare, a încărcat în SEAP, în data de 30.06.2022, în cadrul răspunsului la clarificări, documente aferente unei alte proceduri de atribuire însă ... ar fi trebuit să-i solicite noi clarificări în legătură cu același aspect, Consiliul o apreciază ca fiind eronată pentru următoarele motive:

Conform dispozițiilor art. 125 din HG nr. 395/2016, riscul întocmirii ofertelor, ca și cel aferent modului în care un ofertant răspunde la solicitarea de clarificări transmisă de o autoritate contractantă, cade în sarcina operatorului economic participant la procedură, aceasta neputând să își invoce propria culpă ca motiv al elaborării neconforme a ofertei potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, în ce constă necesitatea sa, respective ce înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri, iar solicitarea de clarificări a respectat rigorile instituite de dispozițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016, care stipulează următoarele:

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

Art. 209 alin. (1¹) din Legea nr. 98/2016 stipulează dreptul autorităților contractante de a solicita ofertanților, în cazul procedurilor

simplificate organizate pentru atribuirea contractelor din cadrul proiectelor de infrastructură finanțate din fonduri europene, de regulă, de cel mult de două ori în cursul procesului de evaluare, clarificări/completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor, **însă cu respectarea principiilor tratamentului egal și al transparenței.**

În speță, toți ofertanții din cadrul lotului contestat au primit aceeași solicitare de clarificări, cu același termen de răspuns (**04.07.2022**), iar documentele remise de aceștia au fost analizate de Comisia de evaluare la data de **12.07.2022**, în cadrul Procesului-verbal nr. 4493/12.07.2022, astfel încât autoritatea contractantă nu i-ar fi putut transmite contestatoarei o nouă solicitare de clarificări **în cadrul termenului acordat inițial** (așa cum reclamă aceasta), ci abia la data de **12.07.2022**, situație în care ar fi devenit incidente dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 care stipulează următoarele: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat”.*

Contestatoarea nu poate pretinde ca autoritatea contractantă să-i solicite de mai multe ori clarificarea aceluiași aspect până când aceasta se conformează, neexistând nicio dispoziție legală în acest sens.

O nouă solicitare de clarificări determină, în opinia Consiliului, o încălcare a principiului tratamentului egal, stipulat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 și apariția unui avantaj evident în favoarea contestatoarei față de ceilalți participanți la procedură.

Contextul în care a fost respinsă oferta depusă de ... îi este imputabil exclusiv contestatoarei, care a tratat cu superficialitate solicitarea de clarificări a autorității contractante, transmițând un răspuns și documente aferente unei alte autorități contractante/proceduri de atribuire, în aceste condiții devenind incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 (răspuns neconcludent la solicitarea de clarificări).

De altfel, în cadrul documentului încărcat în SEAP, intitulat *„Instrucțiuni pentru ofertanți și Caiet de sarcini”*, la pag. 10, autoritatea contractantă a menționat următoarele: *„În cazul în care autoritatea contractantă solicită unui Ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul Ofertei, iar Ofertantul nu transmite în termenul precizat clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, Oferta sa va fi considerată inacceptabilă”*, astfel încât respingerea ofertei depusă de ... s-a făcut în conformitate și cu prevederile documentației de atribuire.

Luând în considerare cele anterior menționate, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă

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

PREȘEDINTE,
...

MEMBRU,
...

MEMBRU,
...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 14 pagini.