CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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. 1130/01.08.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31915/02.08.2017, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ... și număr de înregistrare în registrul comerțului ..., reprezentată de dl. ..., privind procedura simplificată organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea adresei de comunicare a rezultatului evaluării tehnice nr. 5879/21.07.2017;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SRL, în special a propunerii tehnice;
- obligarea autorității contractante la întocmirea unui nou raport (intermediar sau final) sau a oricărui alt document prin care să fie formalizată decizia comisiei de evaluare de admitere a ofertei ... SRL ca fiind ofertă conformă.

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 ... SRL critică adresa de comunicare a rezultatului evaluării tehnice nr. 5879/21.07.2017, prin care oferta sa, depusă în cadrul procedurii menționată anterior, a fost respinsă ca neconformă.

Contestatoarea arată că, prin adresa nr. 5313/29.06.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire la unele

aspecte ale propunerii tehnice, respectiv neidentificarea în extrasele de utilaje a unora dintre utilajele existente în extrasele livrate de proiectant, și respectiv clarificarea cantității de 108,5 mp ofertată la art. 14, PF05A I, *Hidroizolații de lucrări de artă din bitum filerizat* ... din Devizul 08 Siguranța Circulației, aferent Obiectului 18 DS48 – Strada Legumiculturii, în situația în care, în caietul de sarcini, se prevedeau 185,5 mp.

Potrivit contestatoarei, prin răspunsul nr. 907/03.07.2017, a comunicat autorității contractante că discrepanța sesizată de aceasta reprezintă o eroare materială, fiind recunoscută greșeala privind diferența de 77 mp de Hidroizolații din bitum filerizat. Totodată, i-a comunicat că cele două cantități (108,5 mp – 185,5 mp) reprezintă o eroare de tehnoredactare, respectiv o abatere tehnică minoră, și că se oferă să execute întreaga lucrare din caietul de sarcini.

În acest context, arată că a primit din partea autorității contractante adresa criticată, prin care i s-a adus la cunoștință că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, argumentele fiind: oferta are caracter obligatoriu din punct de vedere al conținutului pe toată durata perioadei de evaluare, iar o eventuală acceptare a modificării ar echivala cu favorizarea sa.

Contestatoarea atrage atenția că, astfel cum i-a fost comunicată decizia de respingere a ofertei, aceasta este contradictorie, în sensul că, pe de o parte, se invocă art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, care se referă la modificarea propunerii tehnice prin răspunsul la solicitarea de clarificări, iar pe de altă parte, i se comunică faptul că modificarea ofertei nu poate fi acceptată.

În opinia sa, articolul de lege invocat nu are nicio legătură cu nerecunoașterea caracterului obligatoriu al ofertei pe toată durata de valabilitate și nicio legătură cu o eventuală favorizare în ipoteza admiterii modificării propunerii tehnice de la 108,5 mp la 185,5 mp, la articolul 14, PF05A I al Devizului Siguranța Circulației, aferent Obiectului DS48 – Strada Legumiculturii.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a acceptat modificările care, de fapt, reprezentau simple clarificări, înseamna, în opinia contestatoarei, că nu a fost modificată nicio ofertă, speță în care dispozițiile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 rămân fără aplicabilitate.

Pe de altă parte, contestatoarea apreciază că situației de fapt îi sunt aplicabile alin. (7), (8) și (9) ale art. 134 din HG nr. 395/206, și nu alin. (6), invocat de autoritatea contractantă, acesta din urmă fiind aplicabil tuturor situațiilor posibile a se încadra în textul normativ, mai puțin excepțiilor, excepții care sunt clar reglementate,

indiferent dacă este vorba de un viciu de formă sau de o abatere tehnică minoră.

Potrivit contestatoarei, în speță, este fără echivoc caracterul minor al abaterii invocată de autoritatea contractantă, în sensul că, din 2183 de articole, unul a fost ofertat eronat. În plus, din punctul de vedere al ponderii valorice, articolul în cauză este nesemnificativ, acesta reprezentând sub 1%, respectiv 0,00654%, adică 163,1 lei.

De asemenea, contestatoarea precizează că a fost de acord cu îndreptarea erorii aritmetice de către autoritatea contractantă, asumându-și eroarea comisă, ceea ce înseamnă, *per a contrario* ipotezei enunțate la art. 134 alin. (11) din HG nr. 395/2016, că îndreptarea erorii nu putea constitui temei pentru declararea ca neconformă a ofertei sale.

În ceea ce privește presupusele avantaje care ar fi putut exista în cazul admiterii clarificărilor depuse, contestatoarea precizează că aceste avantaje nici măcar nu pot fi puse în discuție raportat la momentul procesual la care se află în acest moment procedura, pentru simplul fapt că autoritatea contractantă nu cunoaște oferta tehnică, astfel de motivație, putând fi, eventual, acceptată, în situația în care oferta s-ar fi clasat pe primul loc.

Prin punctul de vedere nr. 6287/07.08.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 32655/07.08.2017, autoritatea contractantă a solicitat respingerea ca nefondată a contestației, motivat de aspectele ce vor fi redate în continuare.

Prin răspunsul nr. 5313/29.06.2017, referitor la clarificările solicitate anterior, contestatoarea a invocat o eroare de tehnoredactare și a precizat că va pune în operă cantitatea specificată în listele de cantități, și anume 185,5 mp, fără a solicita sume în plus, aceste diferențe minore urmând a fi suportate din cota cheltuielilor directe. De asemenea, a precizat că nu își modifică oferta financiară inițială și își asumă greșeala , înțelegând să intre în evaluarea financiară și aplicarea criteriului de atribuire cu oferta financiară inițială.

Potrivit autorității contractante, în analizarea acestui răspuns, a avut în vedere art. 134 alin. (6) și alin. (10) din HG nr. 395/2016, din aceste texte legale, rezultând că erorile sesizate, urmează a corecta implicit elementele propunerii financiare influențate de aceste corecturi, precum și prețul total. Ca urmare a corecturilor respective, valoarea cheltuielilor indirecte ar trebui să crească, în niciun caz să scadă, valoarea ofertei urmând să fie crescută în mod corespunzător.

Astfel, prin modificarea cheltuielilor indirecte, în urma solicitărilor de clarificări, oferta ... SRL nu se mai află în ipoteza descrisă de prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016, ci în cea reglementată de alin. (6) al aceluiași articol, fiind incidente și prevederile art. 124 alin. (1) din actul normativ menționat.

Autoritatea contractantă mai menționează că, în decizia luată, a avut în vedere și o decizie a Consiliului într-o speță similară, decizie pe care o citează.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedură simplificată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „...”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de ... lei, fără TVA.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SRL, prin adresa nr. 5879 din 21.07.2017, în care se arată că oferta acestei societăți a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, deoarece, ca urmare a clarificării privind oferta, a rezultat că aceasta se modifică, aspect care ar favoriza operatorul economic.

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

- anularea adresei de comunicare a rezultatului evaluării tehnice nr. 5879/21.07.2017;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SRL, în special a propunerii tehnice;

- obligarea autorității contractante la întocmirea unui nou raport (intermediar sau final) sau a oricărui alt document prin care să fie formalizată decizia comisiei de evaluare de admitere a ofertei ... SRL ca fiind ofertă conformă.

Verificând legalitatea deciziei de respingere a ofertei SC ... SRL, Consiliul reține că, prin adresa nr. 5313/7 din 29.06.2017, autoritatea contractantă a cerut societății, printre altele, să clarifice neconcordanța constată în Formularul F3, respectiv ofertarea a 108,5 mp de hidroizolații la lucrări de artă din bitum filerizat aplicată la rece în două straturi, în loc de 185,5 mp, așa cum s-a cerut prin proiectul tehnic.

SC ... SRL a răspuns prin adresa nr. 907 din 03.07.2017, în care precizează că neconcordanța menționată de autoritatea contractantă a apărut ca urmare a unei erori de redactare, urmând ca societatea să pună în operă cantitatea specificată în listele de cantități, respectiv 185,5 mp, fără a solicita sume în plus (prin suportarea valorii din cota cheltuielilor indirecte), propunerea financiară inițială nefiind modificată.

În urma acestui răspuns, așa cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii către SC ... SRL, autoritatea contractantă a decis că nu poate primi această modificare a ofertei,

deoarece ar conduce la favorizarea ofertantei, acesteia revenindu-i obligația de a păstra valabilitatea ofertei, din punct de vedere al conținutului ei, pe toată perioada solicitată de autoritatea contractantă.

Ca un prim aspect, Consiliul constată că, prin înaintarea către SC ... SRL a adresei nr. 5313/7 din 29.06.2017, în vederea clarificării ofertei acesteia, autoritatea contractantă și-a manifestat rolul activ, îndeplinindu-și obligația ce îi revine potrivit art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 *("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 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.")*

Cât privește răspunsul SC ... SRL, Consiliul reține incidența următoarelor prevederile ale art. 134 din HG nr. 395/2016:

„(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;***

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

Văzând motivul autorității contractante în luarea deciziei cu privire la oferta SC ... SRL, Consiliul constată că aceasta nu a luat în considerare incidența tuturor prevederilor art. 134, așa cum sunt citate mai sus.

Astfel, raportat la eroarea de ofertare (menționarea în ofertă a unei cantități de lucrări de 108,5 mp de hidroizolații în loc de 185,5 mp), respectiv o diferență în minus de 77 mp, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să verifice dacă o astfel de eroare nu reprezintă un viciu de formă sau o abatere tehnică minoră în înțelesul legii, respectiv dacă informația privind valoarea corectă nu se regăsește în alt document al ofertei, ori dacă nu este permisă corectarea ei prin prisma celor stabilite la art. 134 alin. (9) lit. a) și c) din HG nr. 395/2016.

Verificarea incidenței acestor prevederi prin care sunt reglementate situațiile de excepție, în care este permisă modificarea ofertei, este cu atât mai necesară cu cât, potrivit răspunsului contestatoarei, aceasta nu își modifică prețul ofertei.

În aceste condiții, Consiliul reține nelegala măsură luată de autoritatea contractantă, în condițiile în care, aplicarea unor prevederi ale legii (respectiv art. 134 din HG nr. 395/2016) nu poate fi considerată un avantaj creat unui ofertant. Astfel, incidența unor situații prevăzute, în mod expres, prin lege, nu poate face obiectul aprecierii ulterioare a autorității contractante în sensul acceptării sau nu a acestora. Cu alte cuvinte, nu reprezintă opțiunea unei autorități achizitoare aplicarea legii, aceasta fiind ținută ca, în activitatea desfășurată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică, să respecte fiecare și toate prevederile actelor normative care stau la baza activității sale.

Date fiind cele expuse, Consiliul constată caracterul fondat al contestației primite și nelegalitatea deciziei criticate.

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 în parte contestația depusă de SC ... SRL și să anuleze actele autorității contractante prin care a fost decisă respingerea ofertei acesteia, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

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 SC ... SRL, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

În baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la declararea conformă a ofertei SC ... SRL, deoarece stabilirea (ne)conformității unei oferte, precum și stabilirea ofertelor admisibile reprezintă atribuții ale comisiei de evaluare, conform art.

127 alin. (1) lit. j) și k) din HG nr. 395/2016, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în procedura de achiziție publică și atacate prin contestație.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ... SRL.

Anulează actele autorității contractante prin care a fost decisă respingerea ofertei acesteia, precum și adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

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

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere vizând obligarea autorității contractante la declararea conformă a ofertei SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispoziţiile 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,** **MEMBRU,**

Redactată în 4 exemplare, conține 7 pagini.