În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE
Nr. 2281/C1/2391
Data: 31.10.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 48577/03.10.2022, formulată de SC ..... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI RO ....., înregistrată la Oficiul Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată legal prin administrator, împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 47211 din 23.09.2022, emis de către ....., cu sediul în Cluj Napoca, str. Decebal, nr. 128, județul Cluj, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, organizată prin intermediul Bursei Române de Mărfuri în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: „Bitum rutier 50/70 pentru Secția Producție DRDP Cluj” cod CPV 44113610-4, s-a solicitat:

1. anularea comunicării privind rezultatul procedurii de achiziție nr. 47211 din 23.09.2022 și a tuturor actelor subsecvente acestuia.
2. obligarea autorității contractante să adopte următoarele m[suri de remediere:

a. să reanalizeze oferta sa clasată pe locul 1 raportat la prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016;

b. să constate că aceasta este conformă cu prevederile caietului de sarcini și în raport cu precizările și clarificările transmise de el;

c. să adopte masurile ce se impun ca urmare a declarării conforme a ofertei sale clasate pe locul 1 având în vedere precizările depuse precum și a declarării acesteia ca fiind câștigătoare având în vedere criteriile stabilite prin caietul de sarcini.

În luarea deciziei **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

În fapt contestatorul precizează că în urma publicării de către Bursa Română de Mărfuri a Ordinului inițiator nr. 1277/2022 a depus o ofertă la procedura inițiată care a avut ca obiect achiziția a 416 tone de bitum MD.

Precizează că oferta sa a fost declarată admisibilă și a participat la licitația electronică organizată pe site-ul BRM în data de 26.08.2022, clasându-se pe locul 1. Prin comunicarea privind rezultatul procedurii de achiziție din 01.09.2022 a fost informat de autoritatea contractantă că oferta depusă este admisibilă și câștigătoare.

Totodată contestatorul precizează faptul că autoritatea contractantă a analizat și în prealabil oferta, documentația depusă corespunzând cerințelor caietului de sarcini. De asemenea susține că prin adresa nr. 41856/29.08.2022 i s-au solicitat o serie de documente și clarificări, pe care le-a transmis în termenul legal.

La data de 12.09.2022 SC ..... SA, a cărei ofertă a fost considerată admisibilă dar necâștigătoare (aceasta clasându-se pe locul 2), a transmis autorității contractante precum și Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor contestația înregistrată sub nr. 1261/ 12.09.2022 prin care a solicitat adoptarea unor soluții de remediere în temeiul art. 8 din Legea nr. 101/2016 privind actele emise de autoritatea contractată în speță solicitând anularea raportului procedurii nr. 42535/01.09.2022 și a tuturor actelor subsecvente acestuia, urmând ca ulterior acestei măsuri să reanalizeze oferta sa, să constate că nu este conformă caietului de sarcini urmând a adopta măsurile ce se impun în această situație.

Contestatorul susține că motivele invocate de către contestator și preluate integral de autoritatea contractantă în actul atacat, au avut în vedere presupusa încălcarea de către el a prevederilor punctului 3.3.1.1 din caietul de sarcini (pagina 5), care stabilesc următoarele: „Furnizorul va prezenta la ofertare .... documente din care trebuie să rezulte că dispune de un laborator autorizat/precontract cu un laborator autorizat cu profile corespunzătoare încercărilor pe bitum rutier și anume profil MD”.

Astfel, arată că contestatorul anterior a invocat faptul că el a depus o ofertă tehnică neconformă deoarece aceasta nu conține un contract/ precontract cu un laborator autorizat pentru efectuarea încercărilor pe bitum rutier, respectiv profil MD.

SC ..... SRL susține că a depus la documentația tehnică contractul pe care îl avea încheiat cu SC ..... SA, în care se preciza faptul că laboratorul este autorizat printre altele și pentru testarea produselor ce fac obiectul procedurii de achiziție.

De asemenea arată că prin adresa nr. 44645/13.09.2022 autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări cu privire cele susținute de către contestator, sens în care prin adresa nr. 432/13.09.2022 a transmis cele solicitate, precum și un contract încheiat cu SC .....SRL (contract nr. 132/10.08.2022) similar cu cel încheiat cu SC ..... SA.

Raportat la contestația formulată de SC .....SA precum și având în vedere răspunsurile transmise contestatorul arată că

autoritatea contractantă a luată măsurile de remediere prin actul contestat, considerând răspunsul său neconcludent și declarând în temeiul art. 124 coroborat cu art. 134 alin (6) din HG nr. 395/2016 oferta „inacceptabilă” și în consecință ca fiind „respinsă”. În urma acestei soluții oferta societății contestatoare a fost declarată câștigătoare.

Cu privire la soluția adoptată de autoritatea contractată consideră că aceasta este nemotivată, nelegală și profund nefondată pentru următoarele considerente:

Raportat la dispozițiile art. 134 din HG nr. 395/216 contestatorul consideră că situația sa se încadrează la excepția stabilită de lege respectiv la alin. (7), făcând în opinia sa evident parte din categoria abaterilor tehnice minore. Situația semnalată de contestatorul SC ..... SA, privind contractul cu SC ..... SA a fost rezolvată în conformitate cu alin. (8) al aceleași prevederi, în urma clarificărilor transmise în sensul că a fost depus un contract încheiat cu SC .....SRL, contract semnat anterior inițierii procedurii și care îndeplinea criteriile stabilite prin caietul de sarcini.

Mai mult, consideră că modificarea propunerii tehnice nu poate fi încadrată la niciuna din situațiile prevăzute de art. 134 alin. (9) și nici nu a condus la necesitatea depunerii unei noi ofertei.

Contestatorul arată că punctul 3.3.1.1 din caietul de sarcini prevede faptul că „furnizorul va prezenta la ofertare .... documente din care trebuie să rezulte că dispune de un laborator autorizat/precontract cu un laborator autorizat”. Or, din punctul său de vedere cerința este cel puțin echivocă în contextul în care există posibilitatea ca acest precontract să nu se transforme într-un contract ferm, prin care să se asigure cerința certificării produselor care au făcut obiectul procedurii conform celor prevăzute în caietul de sarcini. Un precontract nu reprezintă certitudinea că ofertantul va menține același furnizor de servicii prezentat în ofertă și nu va încheia un contract cu o altă societate.

În opina sa modificarea sau mai bine spus corectarea abaterii semnalate nu a avut absolut niciun impact asupra rezultatului procedurii de achiziție atât în ceea ce privește oferta financiară și cu atât mai puțin în ceea ce privește oferta tehnică, deoarece cerința era prezentarea unui precontract și nu a unui contract ferm.

Desigur, se discută despre conformitatea sau neconformitatea ofertei însă consideră că pe de-o parte este obligația autorității contractante, respectiv a comisiei de evaluare să verifice conform art. 132 și art. 133 conformitatea ofertelor primite atât din punct de vedere tehnic cât și financiar anterior derulării procedurii, iar pe de altă parte legea permite atât modificarea sau îndreptarea unor erori/abateri din oferte în măsura în care acesta nu conduc practic la depunerea unei noi oferte.

Consideră că oferta sa tehnică așa cum aceasta a fost completată, respectă cerințele și specificațiile prevăzute în caietul de sarcini și chiar dacă aceasta a fost modificată, modificările se încadrează în categoria abaterilor tehnice minore așa cum este prevăzut de alin. (8) al art.134 precizat mai sus.

Pentru motivele prezentate mai sus, solicită:

1. anularea comunicării privind rezultatul procedurii de achiziție nr. 47211 din 23.09.2022 și a tuturor actelor subsecvente acestuia.

2. obligarea autorității contractante să adopte următoarele masuri de remediere:

a. să reanalizeze oferta sa clasată pe locul 1 raportat la prevederile art.137;

b. să constate că aceasta este conformă cu prevederile caietului de sarcini și în raport cu precizările și clarificările transmise de el;

c. să adopte masurile ce se impun ca urmare a declarării conforme a ofertei sale clasate pe locul 1 având în vedere precizările depuse precum și a declarării acesteia ca fiind câștigătoare având în vedere criteriile stabilite prin caietul de sarcini.

Prin adresa nr. 50506/10.10.2022, înregistrată la CNSC sub nr. 49764/10.10.2022 autoritatea contractantă transmite punctul de vedere la contestație solicitând respingerea acesteia ca neîntemeiată.

Preliminar autoritatea contractantă face un scurt istoric al derulării procedurii până la acest moment.

Autoritatea contractantă precizează că a reevaluat oferta SC ..... SRL în baza art. 9 din Legea nr. 101/2016 și a adoptat următoarele măsuri de remediere pe care le-a considerat necesare, după cum urmează:

- anularea raportului procedurii nr. 42535/01.09.2022 și a comunicărilor privind rezultatul procedurii de atribuire.

- transmiterea către SC ..... SRL a solicitării de clarificări cu următorul conținut:

„Prezentați dovada că laboratorul depus în propunerea tehnică (prin contractul de prestări servicii nr. 36/15.04.2020 încheiat cu SC ..... SA) este autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD conform cerințelor din caietul de sarcini punctul nr. 3.3.1.1”.

Ofertantul contestator a răspuns în termenul prevăzut la solicitarea de clarificări depunând un alt contract de prestări servicii cu un alt laborator de încercări.

În urma analizei documentelor depuse, comisia de evaluare a considerat că răspunsul ofertantului este unul neconcludent deoarece ofertantul nu a făcut dovada că laboratorul depus (deținut de SC ..... SA) în propunerea tehnică este autorizat să facă încercări pe bitum rutier respectiv profil MD conform cerințelor din caietul de sarcini de la punctul 3.3.1.1.

Contrar afirmațiilor contestatorului potrivit cărora practic, înlocuirea laboratorului prezentat inițial cu un alt laborator care să corespundă cerințelor caietului de sarcini este o abatere tehnică minoră, autoritatea contractantă susține că prezentarea ulterioară termenului de depunere a ofertei a unui laborator care să îndeplinească cerințele din caietul de sarcini de la punctul 3.3.1.1 reprezintă o completare nepermisă a ofertei în opinia comisiei de evaluare/autorității contractante.

Lipsa deținerii unui laborator autorizat pentru anumite încercări, nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră, care poate fi completată/corectată prin depunerea ulterioară a unor documente cu privire la un alt laborator, care nu a fost nominalizat în oferta.

În ceea ce privește viciile de formă, art. 135 alin. (3) din Hotărârea de Guvern nr. 925/2006 prevede că:

„În sensul dispozițiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial 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 ceilalți participanți la procedura de atribuire”.

Deoarece în cadrul ofertei nu se face referire la vreun alt contract cu un laborator autorizat pentru anumite încercări, ci doar la contractul nr. 36/15.04.2020 încheiat cu SC ..... SA și practic prin răspunsul la solicitările de clarificări se depune un nou contract de prestări servicii, respectiv contractul nr. 132/10.08.2022 cu SC .....SRL, în opinia sa nu se poate vorbi de o corectare/completare a unui document din oferta inițială, iar acceptul comisiei ar fi creat un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin urmare susține că comisia de evaluare încadrează răspunsul la clarificări ca fiind unul neconcludent și care modifică conținutul propunerii tehnice, întrucât ofertantul își completează oferta, acțiune nepermisă deoarece completarea nu se raportează la informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant, este de fapt o înlocuire, din acest motiv fiind considerată o modificare a ofertei inițiale; ofertantul își completează de fapt oferta cu un contract nou de prestări servicii având ca obiect încercări și analize de laborator, pentru îndeplinirea cerinței din caietul de sarcini.

Completarea ofertei prin includerea unui document ulterior, nesusținut de conținutul altor documente depuse inițial, nu poate fi considerată un viciu de formă ce ar putea fi corectat, o astfel de situație fiind de natură a crea un avantaj incorect ofertantului în cauză, în raport cu ceilalți ofertanți participanți la procedură, care au înțeles să respecte obligația legală de a oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

Conform prevederilor art. 124 alin. (1) din HG nr. 395/2016: „Oferta are caracter obligatoriu, din punctul de vedere al conținutului, pe

toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă și asumată de ofertant". Prin urmare, astfel cum rezultă din cerințele documentației de atribuire și prevederile legale aplicabile, toate documentele care compun propunerea tehnică, se depun de ofertanți în mod imperativ fiind asumate de către aceștia, în acest sens, oferta depusă de contestator a fost considerată inacceptabilă deoarece încalcă prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 și art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Prin urmare, susține că completarea ulterioară a ofertei cu documente care trebuiau să fie depuse la data depunerii ofertelor, este inacceptabilă, așa cum s-a reținut și în practica CNSC potrivit Deciziei CNSC nr. 2022/C10/1993 din data 27.09.2022.

Concluzionând, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate atât lipsa fundamentării cât și netemeinicia criticilor contestatorului așa cum au fost expuse în cuprinsul contestației, și să le respingă.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 49102/06.10.2022 SC ..... SRL depune în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208447618/1 tranzacția nr. 1258640887/2092320404 din data de 04.10.2022, eliberată de CEC Bank - Sucursala ....., în cuantum de 33.000,00 lei.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **CONSILIUL constată următoarele:**

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura negociere fără publicarea prealabilă a unui anunț de participare, prin intermediul Bursei Române de Mărfuri în vederea atribuirii contractului de achiziție publică având drept obiect: *„Bitum rutier 50/70 pentru Secția Producție DRDP Cluj"* cod CPV 44113610-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând pe site-ul Bursei Române de Mărfuri www.disponibil.ro, ordinul inițiator nr. 1277/2022, valoarea estimată a procedurii este 1.601.600,00 lei, fără TVA. Criteriul de atribuire este *„cel mai bun raport calitate preț*".

Prin contestația care face obiectul prezentei, SC ..... SRL este nemulțumit de faptul că autoritatea contractantă i-a respins oferta în etapa de reevaluare a ofertelor, motivat de faptul că și-ar fi modificat propunerea tehnică prin răspunsul la solicitarea de clarificări a comisiei de evaluare.

Având în vedere criticile din contestația formulată de SC ..... SRL, Consiliul reține că anterior, în cadrul aceleiași proceduri de atribuire a formulat SC .....SA contestația nr. 125/12.09.2022, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 45239/12.09.2022 împotriva rezultatului procedurii de atribuire.

Prin Decizia nr. 1973/C1/2236 din data 20.09.2022, Consiliul a respins ca inadmisibilă contestația formulată de SC .....SA.

Din analiza copiei contestației formulată anterior, aflată la pag. 330-332 din vol. 2 al dosarului cauzei (numerotarea olografă a autorității contractante), se reține că SC .....SA a criticat modalitatea de evaluare a ofertei desemnată câștigătoare la acel moment, aparținând SC ..... SRL, sub aspectul îndeplinirii cerinței cu privire la laboratorul autorizat pentru profil MD.

Totodată, se reține că ulterior sesizării de către SC .....SA a faptului că laboratorul nominalizat de SC ..... SRL nu ar fi autorizat să presteze încercările pe bitum rutier solicitate prin caietul de sarcini prin sintagma „profil MD", autoritatea contractantă a procedat la reevaluarea ofertei acestuia din urmă, solicitându-i, prin adresa nr. 44645/13.09.2022 (pag. 334 din vol. 2 al dosarului cauzei) următoarele informații:

„Prezentați dovada că laboratorul depus în propunerea tehnică (prin contractul de prestări nr. 36/15.04.2020 încheiat cu SC ..... SA) este autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD conform cerințelor din caietul de sarcini punctul nr. 3.3.1.1".

Conținutul solicitării de clarificări anterior menționată a fost transmis SC .....SA prin adresa nr. 44644/13.09.2022 intitulată „comunicare măsuri de remediere" (pag. 338 din vol. 2 al dosarului cauzei).

Prin adresa nr. 132/16.09.2022 (pag. 349, vol. 2 al dosarului cauzei), SC .....SA a formulat cerere de renunțare la contestație „în urma adoptării de către autoritatea contractantă a măsurilor de remediere", fără a constitui cauțiunea prevăzută la art. 61^1 din Legea nr. 101/2016, aspect care a condus la soluția pronunțată de CNSC prin Decizia nr. 1973/C1/2236 din data 20.09.2022.

Ulterior luării la cunoștință a răspunsului formulat de SC ..... SRL la solicitarea de clarificări nr. 44645/13.09.2022, autoritatea contractantă a respins oferta acestuia prin adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 47211/23.09.2022 (pag. 389-390, vol. 2 al dosarului cauzei), motivat de faptul că respectivul ofertant și-ar fi modificat propunerea tehnică prin răspunsul transmis.

Verificând, la rândul său, propunerea tehnică și răspunsul la solicitarea de clarificări transmise de SC ..... SRL autorității contractante raportat la cerințele din documentația de atribuire, Consiliul reține că, la pag. 5 din caietul de sarcini (pag. 27 din vol. 2 al dosarului cauzei), la paragraful „condiții de calitate pentru bitum rutier utilizat la prepararea mixturilor asfaltice", autoritatea contractantă a formulat următoarele specificații tehnice:

„Fiecare lot de livrare trebuie să fie însoțit de declarație de performanță, raport de încercare eliberat de un laborator autorizat.

Furnizorul va prezenta la ofertare: certificatul de conformitate a controlului producției în fabrică pentru calitatea produselor, documente

din care trebuie să rezulte că dispune de un laborator autorizat/precontract cu un laborator autorizat cu profile corespunzătoare încercărilor pe bitum rutier și anume profil MD și certificarea privind Sisteme de Management al calității ISO 9001 sau echivalent".

Totodată, se reține că la secțiunea „*IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice*" din instrucțiunile pentru ofertanți nr. 40507/ 17.08.2022 intitulate generic „*fișa de date a achiziției*" (pag. 53 din vol. 2 al dosarului cauzei), autoritatea contractantă a precizat următoarele aspecte:

„Ofertantul are obligația de a elabora și de a prezenta propunerea tehnică astfel încât să respecte întocmai cerințele și specificațiile tehnice prevăzute în caietul de sarcini, sub sancțiunea respingerii ofertei ca neconformă (...)".

Din economia celor mai sus redate rezultă în mod clar că operatorii economici trebuiau să întreprindă anumite demersuri și să depună anumite documente/înscrisuri, care să probeze toate cerințele mai sus menționate.

În soluționarea contestației, Consiliul reține că potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016 operatorii economici au obligația de a elabora oferta [art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 prevede că propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei și se elaborează pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini] în conformitate cu prevederile documentației de atribuire.

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 din Legea nr. 98/2016, forma în vigoare la momentul inițierii procedurii de atribuire, caietul de sarcini trebuie să conțină în mod obligatoriu cerințele, prescripțiile, specificațiile tehnice care să permită produselor ce fac obiectul contractului să fie descrise în mod obiectiv, în așa manieră încât să corespundă necesităților autorității contractante și să permită oricărui ofertant accesul egal la procedura de atribuire și nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate de natură să restrângă concurența între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării bitumului rutier care face obiectul prezentei proceduri de atribuire au fost stabilite de autoritatea contractantă, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 2 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui tip de bitum deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea

unuia care să îndeplinească condițiile de calitate prevăzute la pag. 5 din caietul de sarcini, printre care se regăsește și cerința cu privire la dispunerea de un laborator autorizat cu profile corespunzătoare încercărilor pe bitum rutier și anume profil MD (acronim de la sintagma „*Materiale pentru Drumuri*”).

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Potrivit cerințelor din fișa de date a achiziției coroborat cu cele din caietul de sarcini, operatorii economici participanți aveau obligația să includă în propunerea tehnică documente din care să rezulte că

- dispun de un laborator autorizat sau au un precontract cu acesta și că
- laboratorul este autorizat pentru încercările pe bitum rutier și anume profil MD,

înscrisuri prin care să demonstreze modalitatea concretă în care vor duce la îndeplinire contractul care urmează a fi atribuit în urma prezentei proceduri de atribuire.

În soluționare, Consiliul va reține faptul că cerințele din caietul de sarcini și instrucțiunile pentru ofertanți referitoare la modul de elaborare a propunerii tehnice sunt obligatorii, și nu formale, înscrisurile elaborate de autoritatea contractantă nefiind contestate de către niciun operator economic interesat.

Mai mult, contestatorul nu a formulat obiecții cu privire la modul în care autoritatea contractantă a solicitat elaborarea și depunerea ofertei, prin urmare și-au însușit atât:

- obligația de a include în propunerea tehnică toate documentele și informațiile solicitate (inclusiv dovada că dispune de un laborator autorizat cu profil MD), cât și
- riscurile ce decurg din neincluderea acestor informații în propunerea tehnică, parte a ofertei depusă în SICAP.

Procedând la verificarea propunerii tehnice depusă de SC ..... SRL, Consiliul reține că la filele 249-251 din vol. 2 al dosarului cauzei se regăsește contractul de prestări servicii nr. 36/15.04.2020 încheiat de contestator cu SC ..... SA, având ca obiect „prestarea (...) de servicii de inspecție cantitativă și calitativă (...) pentru activitățile din anexele la prezentul contract”.

Fiind sesizată prin contestația formulată anterior de SC .....SA de faptul că laboratorul SC ..... SA nu ar avea autorizate activitățile solicitate prin prezentul caiet de sarcini, autoritatea contractantă a procedat la solicitarea de clarificări prin adresa nr. 44645/13.09.2022 (pag. 334 din vol. 2 al dosarului cauzei) în sensul

prezentării dovezii că respectivul laborator *„(...) este autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD conform cerințelor din caietul de sarcini punctul nr. 3.3.1.1”*.

La această solicitare de clarificări, SC ..... SRL a răspuns prin adresa nr. 432/13.09.2022 (pag. 340, vol. 2 al dosarului cauzei) astfel:

„ În cadrul propunerii tehnice în faza de calificare am trimis contractul cu nr. 36/15.04.2020 încheiat cu ..... SA (după cum se poate vedea în contract este autorizat), contract cu care ați fost de acord și am fost calificați în etapa următoare.

Acum vă transmit un al doilea contract nr. 132/10.08.2022 pe care îl avem încheiat cu un laborator autorizat.

La momentul livrării bitumului noi primim o analiză de laborator de la producătorul nostru. Dacă sunt ceva probleme după cum se poate vedea suntem pregătiți pentru efectuarea altor analize la bitum cu mai multe laboratoare autorizate”.

Față de aceste aspecte, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a constatat, în mod corect, față de oferta contestatorului, incidența prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 potrivit cărora „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 inacceptabilă” deoarece SC ..... SRL nu s-a limitat la clarificarea/ confirmarea autorizării SC ..... SA pentru efectuarea încercărilor profil MD astfel cum solicitase autoritatea contractantă ci și-a modificat propunerea tehnică depusă inițial procedând la completarea acesteia cu un alt contract aferent unui alt laborator, care nu se regăsea în aceasta.

Mai mult, în ceea ce privește autorizările SC ..... SA pentru efectuarea încercărilor pe bitum rutier și anume profil MD, Consiliul reține că SC ..... SRL nu a transmis autorității contractante niciun înscris de natură să confirme autorizarea laboratorului de a efectua aceste încercări specifice prevăzute în contractul depus inițial, aspect apreciat în mod corect de autoritatea contractantă prin sintagma „răspuns neconcludent”.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitarea de clarificări transmisă de autoritatea contractantă contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale.

Solicitarea autorității contractante a fost clară, aceasta cerând SC ..... SRL „dovada că laboratorul depus în propunerea tehnică (...) este autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD” ceea ce înseamnă că respectivul ofertant ar fi trebuit să transmită comisiei de evaluare aceste documente sau să conteste în termenul legal solicitarea autorității contractante.

Cu toate acestea, SC ..... SRL a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a acestora și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludența răspunsurilor.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al răspunsului neconcludent potrivit principiului *„nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de asigurare a calității produsului care îi este necesar și informațiile care trebuie incluse în propunerea tehnică iar în cadrul solicitării de clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În soluționare, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a procedat corect apreciind drept neconcludent răspunsul contestatorului deoarece simplul fapt că prestatorul SC ..... SA s-a angajat cu 2 ani în urmă să presteze anumite servicii pentru SC ..... SRL nu conduce în mod automat la concluzia că respectivul laborator ar fi în prezent autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD astfel cum a solicitat autoritatea contractantă prin caietul de sarcini.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de SC ..... SRL iar prin răspunsul formulat, acest ofertant a răspuns neconcludent, fără să transmită documentele doveditoare solicitate expres de comisia de evaluare în vederea verificării conformității propunerii sale tehnice cu prevederile caietului de sarcini.

Este adevărat că procedura de achiziție publică este reglementată de norma din domeniul dreptului public care se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, însă în etapa de evaluare autoritatea contractantă nu poate să respecte doar acest principiu și să încalce celelalte principii expres reglementate de prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul nediscriminării, tratamentului egal și transparenței.

În cadrul Hotărârii din 10 octombrie 2013, CJUE s-a pronunțat în cauza C-336/12 astfel:

*„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență **se opun oricărei negocieri** între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în*

acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

32 Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

33 Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

34 Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

35 În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

36 În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este 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 competitiv.

În cauza C-523/16, CJUE s-a pronunțat astfel:

„Astfel, Curtea a statuat printre altele că o solicitare de clarificare nu poate suplini lipsa unui înscris sau a unei informații a căror comunicare era impusă de documentele achiziției, autoritatea contractantă fiind obligată să respecte cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C- 336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, precum și Hotărârea din 11 mai 2017, Archus și Gama, C- 131/16, EU:C:2017:358, punctul 33)".

Modul de elaborare a propunerii tehnice și specificațiile din caietul de sarcini nu au fost contestate de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Consiliul va reține că riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al elaborării unei oferte neconforme potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*", în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care înscrisuri trebuie depuse în cadrul propunerii tehnice și ce trebuie să conțină aceste înscrisuri iar în cadrul solicitărilor de clarificări care sunt aspectele asupra cărora are nelămuriri.

În aceste condiții, eventuala acceptare de către comisia de evaluare a completării propunerii tehnice depusă de SC ..... SRL cu contractul aferent celui de-al doilea laborator ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia dintr-o ofertă care nu îndeplinește cerințele din caietul de sarcini (situație sancționată potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu respingerea ca neconformă) într-o ofertă admisibilă și câștigătoare.

Mai mult, acceptarea răspunsului transmis de contestator ar fi determinat apariția și a unui alt avantaj în favoarea contestatorului, prin ignorarea prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 care stabilesc în sarcina autorității contractante obligația respingerii ofertei urmare a unui răspuns neconcludent (SC ..... SRL nefiind în măsură

să transmită comisiei de evaluare „dovada că laboratorul depus în propunerea tehnică (...) este autorizat să efectueze încercări pentru determinarea pe bitum rutier respectiv profil MD”, astfel cum a solicitat aceasta).

În aceste condiții, nu poate fi reținut argumentul principal din contestația formulată de SC ..... SRL, potrivit căruia înlocuirea laboratorului ar constitui corectare a unei abateri tehnice minore deoarece prevederile art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016 statuează că „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”.

Ori, înlocuirea părții din propunerea tehnică cu privire la îndeplinirea condițiilor de calitate pentru bitumul rutier conduce în fapt la depunerea unei noi oferte deoarece respectivele prestații ar urma să fie executate de un alt operator economic care nu a fost nominalizat în oferta contestatorului.

Consiliul nu va putea reține argumentația contestatorului potrivit căreia înlocuirea laboratorului nu s-ar regăsi în niciuna din situațiile prevăzute la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 deoarece cele 5 situațiile concrete enumerate la respectiva prevedere legală sunt completate de prevederile art. 134 alin. (8) din HG nr. 395/2016 și trebuie aplicate coroborat cu prevederile aferente din legislația primară, respectiv cu art. 209 din Legea nr. 98/2016 care stabilește la alin. (1) că pot fi cerute clarificări sau completări ale documentelor prezentate și nu înlocuirea documentelor neconforme cu altele conforme, această situația ducând la încălcarea principiilor tratamentului egal și transparenței, obligatorii conform tezei finale a respectivei prevederi legale.

Prin urmare, contrar susținerilor contestatorului, lista prevăzută la art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 nu este exhaustivă ci indicativă în sensul că sunt menționate anumite situații în care o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată abatere tehnică minoră, fără a preciza că toate celelalte modificări de propunere tehnică ar fi abatere tehnică minoră, încadrarea sau nu a respectivei modificări în categoria abaterilor tehnice minore urmând a fi apreciată de către comisia de evaluare raportat la natura corecțiilor operate de ofertanți.

Ori, în speța dedusă soluționării nu era posibilă acceptarea modificării propunerii tehnice prin înlocuirea laboratorului neautorizat pentru profil MD cu un altul autorizat datorită avantajelor anterior enumerate, care ar fi fost determinate prin respectiva modificare.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de elaborare a solicitărilor de clarificări și/sau completări necesare în vederea evaluării ofertelor și de stabilire a ofertelor inacceptabile și/sau neconforme și a motivelor care stau la baza încadrării acestora în fiecare din aceste categorii, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. i) și j) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că

această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea reevaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă .....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat practicaua deciziei
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 14 (paisprezece) pagini.