CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ..../..../....
Data: ....

Prin contestaţia nr. ..../11.10.2016, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. ..../12.10.2016, formulată de S.C. ....S.R.L., cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ...., CIF RO ...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerţului cu nr. ...., reprezentată de către ...., împotriva răspunsului nr. ..../06.10.2016 la notificarea prealabilă nr. ..../03.10.2016 şi împotriva tuturor actelor precedente acestuia, emise de .... S.A., cu sediul în ..., ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Piese de schimb pentru Moara de măcinat cărbune tip. MVC 17 și grătar postardere cazane abur 1,2,3, - lot A,B,C,D*”, cod CPV 43414100-9 – Mori de măcinat cărbune (Rev.2), s-a solicitat anularea răspunsului nr. ..../06.10.2016 la notificarea prealabilă, ca netemeinic şi nelegal şi a tuturor actelor precedente acestuia, emise de către autoritatea contractantă (procesul verbal de evaluare a ofertelor financiare din data de 26.09.2016, raportul procedurii şi toate actele subsecvente acestuia); obligarea autorităţii contractante la reevaluarea ofertei, în speţă a ofertei financiare pentru loturile 2, 3 și 4; declararea ofertei ca admisibilă, precum și desemnarea drept câştigătoare a ofertei care corespunde criteriului prevăzut la capitolul IV.2.1. din fişa de date a achiziţiei.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluţioneze contestaţia nr. ..../11.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. ..../12.10.2016, prin care ofertantul S.C. ....S.R.L., critică răspunsul nr. ..../06.10.2016 la notificarea prealabilă nr. ..../03.10.2016 şi toate actele precedente acestuia, emise în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Piese de schimb pentru Moara de măcinat cărbune tip. MVC 17 și grătar postardere cazane abur 1,2,3, - lot A,B,C,D”*, solicitând cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, contestatorul arată că, în urma publicării în S.E.A.P. a invitaţiei de participare ..../29.07.2016 şi a documentaţiei de atribuire, aferente prezentei proceduri de achiziţie publică, în termenul limită, au depus oferte mai mulți operatori economicii.

În ceea ce privește oferta contestatorului, aceasta a fost declarată neconformă.

Contestatorul menționând dispozițiile cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare, arată că orice operator economic ofertant sau potenţial ofertant avea dreptul a propune modificări la contract şi/sau la a formula obiecţiuni.

Astfel, după cum a rezultat din oferta transmisă on-line autorității contractante, pentru loturile 2, 3 și 4, contestatorul a formulat propuneri de modificare a draftului de contract, propuneri pe care le-a inclus în formularul de ofertă aferent loturilor, cu respectarea prevederilor documentației de atribuire, respectiv a cap. IV.4.2) din Fișa de date a achiziției.

Având în vedere dispozițiile art. 22 din Hotărârea nr. 394/2016, contestatorul arată că, prin documentația de atribuire, autoritatea contractantă putea acorda dreptul operatorilor economici care participau la procedură să depună amendamente la clauzele contractuale cuprinse în proiectul, modelul de contract propus prin documentația de atribuire, odată cu depunerea ofertei.

Legislaţia aplicabilă în materie nu prevede în mod expres posibilitatea pentru operatorii economici de a propune amendamente la prevederile contractuale elaborate de autoritatea contractantă, însă acest drept reiese din dispoziţiile art. 22 coroborat cu art. 143 alin. (3) lit b) din Hotărârea nr. 394/2016.

Contestatorul precizează că, în situaţia în care se indică în mod expres în cuprinsul fişei de date faptul că operatorii economici trebuie să îşi însuşească prevederile contractuale care se regăsesc în cadrul documentaţiei de atribuire publicată în SEAP, aceasta va avea caracter obligatoriu, neputând fi propuse amendamente de către ofertanţi. Practic, ofertantul se va afla în situaţia în care fie va accepta continuarea procedurii fără modificarea clauzelor propuse, fie va fi exclus din cadrul procedurii de atribuire, propunând o ofertă care neconformă şi care, prin urmare, va fi respinsă în temeiul dispoziţiilor art. 143 alin. (1) din

Hotărârea nr. 394/2016, în scopul aplicării principiului tratamentului egal ofertanţilor enunţat în art. 2 alin. (2) din Legea nr. 99/2016.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a prevăzut în cadrul cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din cadrul Fișei de date a achiziției, ca orice operator economic ofertant sau potențial ofertant avea dreptul de a propune modificări la contract și/sau la a formula obiecțiuni.

Dreptul de a propune amendamente la contract în cadrul procedurii de achiziții publice este diferit de cel acordat de art. 172 alin. (1) din Legea nr. 99/2016, prin care ofertanții au posibilitatea să solicite clarificări autorității contractante privind documentația de atribuire.

În susţinerea celor expuse anterior, contestatorul citează din jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor precum și din jurisprudența națională.

Contestatorul menționează că, autoritatea contractantă era obligată să informeze ofertanții cu privire la refuzul propunerilor de modificare, atâta vreme cât s-a prevăzut că ofertanții aveau posibilitatea propunerii de modificări la clauzele contractului de achiziție.

Prin solicitările de clarificări nr. ..../16.09.2016 (aferentă lot 2), .../16.09.2016 (aferentă lot 3) şi ..../16.09.2016 (aferentă lot 4) a solicitat contestatorului următoarele aspecte: *„să renunţaţi la propunerea de completare a art. 9.3 din contract, solicitată de dvs. în Formularul de ofertă, deoarece articolul 9.3 se găseşte la „Clauze obligatorii" nu la „Clauze specifice" şi nu poate fi modificat, conform prevederilor din Fişa de date la Cap. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare*".

Astfel, autoritatea contractantă nu a făcut nicio menţiune justificabilă cu privire la solicitarea de renunţare, și nu a precizat și nu a argumentat de ce menţinerea acestor amendamente propuse ar reprezenta o clauză cu caracter dezavantajos pentru autoritatea contractantă.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă prin răspunsul nr. ..../06.10.2016 la notificare a încercat să statueze că, clauzele pentru care au fost propuse modificări, completări nu puteau suporta amendări, fiind clauze obligatorii.

Propunerea de modificare a contractului astfel cum a fost iniţiată de contestator a fost tocmai în scopul de a preveni şi proteja interesele operatorului economic, pornind de la precedentul relaţiilor contractuale când nu s-a achitat preţul prestaţiilor, pentru care ne-au fost necesare costuri suplimentare în vederea acţionării în instanţă, a promovării acţiunii, a obţinerii titlului executoriu.

Această, propunere de modificare, nu a fost cu caracter dezavantajos pentru autoritatea contractantă, cu atât mai mult cu cât potrivit legislaţiei care guvernează achiziţiile aceasta avea obligaţia de a întocmi un plan al achiziţiilor publice viitoare, de a bugeta cheltuielile respective etc. Mai mult decât atât, nesolicitând o garanţie de bună execuţie constituită prin scrisoare de garanţie bancară sau instrument de garantare emis de societate de garantare, ci doar un bilet la ordin pentru emiterea căruia nu

se impun costuri suplimentare, angajamente pecuniare din partea autorităţii contractante pe care să le onoreze la semnarea contractului.

Față de cele menționate anterior, contestatorul consideră că în mod eronat s-a procedat la respingerea ofertei în temeiul art. 143 alin. (3) lit. b) din Hotărârea nr. 394/2016, fără însă a se solicita clarificări explicite în cadrul procesului de verificare și evaluare a ofertei, modul de evaluare al comisiei desemnată fiind, în opinia noastră, contrar dispozițiilor imperative ale art. 140 alin. (1) din Hotărîrea nr. 394/2016 care stabilește obligația și nu facultatea, comisiei de a *„ stabili care sunt clarificările şi completările formale şi sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte (...)*".

Astfel, raportându-ne la dispoziţiile art. 140 alin. (1) din Hotărârea nr. 394/2016 contestatorul consideră că s-a încălcat o normă imperativă, încălcare care a avut ca și consecință vătămarea interesului propriu.

Contestatorul, arată că, din necesitatea asigurării şi garantării unei transparenţe totale, corecte şi riguroase procedurii de atribuire, legiuitorul nu s-a limitat la a recomanda un veritabil şi efectiv rol al autorităţii contractante în scopul elucidării şi eliminării unor aspecte neclare sau îndoielnice care ar putea atrage calificarea ofertei unui participant drept neconformă, ci, mai mult, a prevăzut, aşa cum am arătat, dreptul comisiei de evaluare de a solicita clarificări şi obligaţia de a nu respinge oferta ca neconformă (art. 140 alin. (6) lit. b) din Hotărârea nr. 394/2016) în situaţia în care aceasta se încadrează într-una din situaţiile prevăzute de art. 140 alin. (8) din Hotărârea nr. 394/2016.

În vederea respectării principiilor achiziţiilor publice, contestatorul apreciază că modelul de contract trebuie să fie unul echilibrat, iar modificările propuse de ofertanţi trebuie să respecte şi să menţină acest echilibru.

De asemenea, trebuie avut în vedere faptul că un contract sectorial de achiziţii publice, ca și un orice alt contract comercial trebuie să se întemeieze pe prezumţia de responsabilitate şi executare a contractului de către ambele părţi, astfel că orice propuneri care urmăresc garantarea răspunderii pentru neexecutare trebuie menţinute de autoritatea contractantă, cu atât mai mult cu cât nu s-a propus diminuarea răspunderii sale, ci garantarea realizării obligaţiei ce incumbă şi de către autoritatea contractantă, astfel că, amendamentul propus nu poate fi apreciat ca a fi în mod evident dezavantajos pentru aceasta.

Mai mult decât atât, declararea neconformă a ofertei noastre pentru fiecare dintre cele trei loturi, a intervenit la data de 26.09.2016 - data postării în SEAP, în condiţiile în care, termenul statuat pentru evaluarea financiară a fost 30.09.2016, ora 12:45.

Prin modul în care s-a realizat evaluarea, în cauză se poate vorbi de o încălcare flagrantă a obligaţiei autorităţii contractante de a acorda *„operatorilor economici un tratament egal și nediscriminatoriu*", nerealizându-se o procedură într-o *„manieră transparent şi proporţională*",

aspect ce conduce la încălcarea flagrantă a principiilor ce stau la baza atribuirii contractelor de achiziţie publică (art. 2 din Legea nr. 99/2016).

În drept, S.C. ....S.R.L. îşi întemeiază contestaţia pe dispozițiile legale invocate şi depune în susţinere înscrisuri.

Prin adresa nr. ..../18.10.2016, înregistrată la Consiliu sub nr. ..../19.10.2016, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţie, solicitând respingerea ca nefondată.

În conţinutul punctului de vedere, autoritatea contractantă, prezintă un scurt istoric al procedurii menţionând, luând în considerare ofertele admisibile în urma evaluării DUAE şi a propunerilor tehnice, faptul că a procedat la evaluarea ofertelor financiare publicate de ofertanţi în SEAP, sub aspectul existenței corecțiilor admise de lege, al încadrării în valoarea estimată a contractului, al prețului aparent neobișnuit de scăzut în raport cu ceea ce urma a fi furnizat, precum și prin comparare cu solicitările din fișa de date a achiziției – cap. IV.4.2 „Modul de prezentare a propunerii financiare”.

Concluzia, având în vedere dispoziţiile cap.IV.4.2) din Fişa de date, s-a desprins din faptul că orice operator economic ofertant sau potenţial ofertant avea dreptul de a propune modificări la contract şi/sau la a formula obiecţiuni.

În cuprinsul contestaţiei depuse, ofertantul a invocat dispoziţiile cap.IV.4.2 din Fişa de date a achiziţiei mai sus menţionate, doar că acesta a omis să ia în considerare faptul că au existat două momente la care ofertanţii aveau dreptul de a face acest lucru.

Astfel că, din analiza textelor indicate, a rezultat faptul că anterior depunerii ofertelor, ofertanţii aveau dreptul de formula obiecţiuni, propuneri de modificare cu privire la clauzele contractuale stabilite de autoritatea contractantă, prin această sintagmă înţelegând că acestea se pot formula asupra oricăror clauze, iar la data depunerii ofertelor, obiecţiunile, propunerile pot fi formulate doar asupra clauzelor contractuale specifice.

Autoritatea contractantă consideră eronată afirmaţia contestatorului cu privire la faptul că propunerea acestuia privind modificarea draftului de contract, inclusă în formularul de ofertă, a fost formulată cu respectarea documentaţiei de atribuire, în speţă cu cap. IV.4.2) din Fişa de date a achiziţiei, având în vedere faptul că această propunere amenda o clauză contractuală obligatorie, iar conform prevederilor din fişa de date, solicitările de amendare a clauzelor obligatorii stabilite de autoritatea contractantă, puteau fi făcute înainte de depunerea ofertelor, pentru a putea fi aduse la cunoştinţa tuturor ofertanţilor.

Autoritatea contractantă precizează că, în mod corect şi voit s-a făcut această distincţie, pentru respectarea principiului transparenţei, al nediscriminării şi egalităţii de tratament, în raport cu ofertanţii care participă la procedură, astfel încât să fie asigurat un mediu concurenţial corect.

În acelaşi context, pornind de la afirmaţia contestatorului cu privire la *„dreptul operatorilor economici care participă la procedură să depună amendamente la clauzele contractuale cuprinse în proiectul/modelul de contract propus prin documentaţia de atribuire, odată cu depunerea ofertei*", în sprijinul căreia a invocat prevederile art. 22 din Hotărârea nr. 394/2016, autoritatea contractantă arătă faptul că prevederile legale antemenţionate nu au susținut afirmaţia acestuia, întrucât acestea fac referire la cuprinsul documentaţiei de atribuire, nicidecum la ceea ce a afirmat contestatorul, respectiv:*„documentația de atribuire este alcătuită din următoarele (...)*".

Mai mult decât atât, din prevederile legale mai sus menţionate, a rezultat în mod clar faptul că clauzele contractuale obligatorii au făcut parte din documentaţia de atribuire, iar dreptul operatorilor economici de a solicita clarificări în legătură cu documentaţia de atribuire, este statuat de art. 172 din Legea nr.99/2016, respectiv: *„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire (...)*".

Din coroborarea prevederilor cuprinse în art. 22 din Hotărârea nr. 394/2016, art. 172 din Legea nr.99/2016 şi în Cap. IV.4.2) din Fişa de date a achiziţiei, rezultă faptul că orice operator economic putea să solicite clarificări sub forma obiecţiunilor, propunerilor de modificare a clauzelor contractuale obligatorii, cu condiţia ca acestea să fi fost făcute înainte de depunerea ofertelor, pentru a putea fi aduse la cunoştinţa tuturor ofertanţilor.

Faptul că niciun ofertant, până la data limită de depunere a ofertelor, nu a solicitat clarificări şi nu a formulat obiecţiuni referitoare la clauzele contractuale, fie ele obligatorii sau specifice, ci doar asupra unor aspecte de ordin tehnic, rezultă din SEAP de la secţiunea „Documentaţie, clarificări și decizii", situaţie în care solicitarea, propunerea ofertantului ....S.R.L. de amendare a unei clauze contractuale obligatorie, inclusă în formularul de ofertă, a fost considerată tardivă de către autoritatea contractantă.

În ceea ce priveşte solicitările de clarificări nr. ..../16.09.2016 - pt. Lot.B, nr. .../16.09.2016 pt.Lot.C, nr. ..../16.09.2016- pt.Lot.D, transmise de către autoritatea contractantă, ca urmare a analizării propunerii financiare depuse de ofertant pentru fiecare lot în parte, conform cărora s-a solicitat ofertantului să renunţe la propunerea de completare a art.9.3. din contract, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

În data de 26.09.2016 s-a transmis ofertantului ....S.R.L., prin SEAP, notificarea prin care i s-a adus l-a cunoştinţă faptul că oferta depusă de către acesta, este declarată neconformă în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din Hotărârea nr. 394/2016, deoarece *„oferta conţine propuneri de modificare a clauzelor contractuale care sunt în mod evident dezavantajoase pentru entitatea contractantă, iar ofertantul deşi a fost informat cu privire la respectiva situaţie, nu acceptă renunţarea la clauza respectivă*".

Această decizie a fost luată în urma analizei răspunsului ofertantului, postat în data de 20.09.2016, prin care a comunicat că nu renunţă la solicitarea de modificare a art. 9.3 din contract, respectiv la completarea *„...Achizitorul se obligă să înmâneze furnizorului la fiecare livrare, un document de garantare a plăţii (BO, Filă CEC, Scrisoare Bancară)”* cu toate că i s-a solicitat, de către autoritatea contractantă, să renunţe la aceasta completare deoarece „articolul 9.3 se găsește la „Clauze obligatorii” nu la „Clauze specifice și nu poate fi modificat, conform prevederilor din Fișa de date la cap. IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare”.

Autoritatea contractantă consideră total eronată afirmaţia contestatorului, cu privire la faptul că „autoritatea contractantă nu face nicio menţiune justificabilă cu privire la solicitarea de renunţare, nu precizează şi nu argumentează de ce menţinerea acestor amendamente" în condiţiile în care, în cuprinsul solicitărilor a fost specificat în mod clar motivul pentru care se solicită renunţarea, respectiv: *„articolul 9.3 se găseşte la „Clauze obligatorii „ nu la „Clauze specifice şi nu poate fi modificat, conform prevederilor din Fișa de date la Cap.IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare*" .

În acelaşi context, autoritatea contractantă consideră neargumentată afirmaţia contestatorului cu privire la faptul că „ar fi trebuit să se procedeze la stabilirea unor clarificări explicite pe care comisia de evaluare să le solicite subscrisei, să stabilească termenul de răspuns şi, doar după această etapă, dacă ar fi fost îndeplinite condiţiile de respingere a ofertei, ar fi putut să o considere neconformă", în condiţiile în care, aşa cum am arătat, comisia a solicitat clarificări explicite, arătând clar motivul pentru care a solicitat renunţarea, a stabilit şi un termen de răspuns, luând decizia de respingere a ofertei ca neconformă, după primirea răspunsului ofertantului.

În aceste condiţii autoritatea contractantă a considerat motivată şi justificabilă decizia, fiind consecinţa aplicării prevederilor legale, a documentaţiei de atribuire şi a principiilor care guvernează achiziţiile publice.

În opinia autorității contractante, ofertantul a încercat inducerea în eroare, făcând afirmaţia că *„niciunde în legislaţia în vigoare legiuitorul nu a înţeles a defini noţiunea „clauze contractuale obligatorii”*, având în vedere că aceste clauze au fost definite ca făcând parte din documentaţia de atribuire, aşa cum rezultă din prevederile art. 22 din Hotărârea nr. 394/2016, pe care le mai supunem încă o dată atenţiei:*„documentația de atribuire este alcătuită din următoarele (....)”*.

În acelaşi context, autoritatea contractantă consideră tendenţioasă afirmaţia ofertantului cu privire la faptul că în cauză se poate vorbi de *„o încălcare flagrantă a obligaţiei autorităţii contractante de a acorda operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu*", întrucât nu s-a îngrădit dreptul operatorilor economici de a propune amendamente la clauzelele contractuale obligatorii, în condiţiile în care aceste clauze fac parte din documentaţia de atribuire, iar conform prevederilor legale

coroborate cu prevederile din Fişa de date, orice operator economic are dreptul să solicite clarificări asupra documentaţiei de atribuire, anterior depunerii ofertei.

Încălcarea flagrantă pe care a invocat-o contestatorul, ar fi fost incidentă tocmai în caz contrar, respectiv în cazul în care autoritatea contractantă ar fi acceptat modificarea solicitată de către contestator, inclusă în formularul de ofertă, situație care ar fi creat un avantaj acestuia în raport cu ceilalți participanți la procedură care, aveau dreptul și ar fi trebuit să aibă cunoștință și să beneficieze de eventuale modificări aduse documentației de atribuire.

În ceea ce priveşte nelămurirea contestatorului cu privire la data declarării ca neconformă a ofertei sale, raportată la termenul pentru evaluarea financiară, autoritatea contractantă face următoarele precizări, pe care le-a adus la cunoştinţa ofertantului şi prin răspunsul la Notificarea prealabilă:

Comunicarea rezultatului evaluării financiare, către ofertantul ....S.R.L. şi către toţi ofertanţii rămaşi în procedură la aceea dată, a fost făcută în data de 26.09.2016, în spiritul prevederilor legale (art. 227 alin. (2) din Legea 99/2016 şi art.72 alin. (3) și (4) din Hotărârea nr. 394/2016), acest fapt neînsemnând „*Finalizare evaluare financiară*" deoarece aceasta, în SEAP, se poate realiza tehnic după *„îndeplinire DUAE*" de către ofertantul clasat pe primul loc.

Astfel, după comunicări s-a trecut la întocmirea punctajelor financiare și a punctajelor finale, doar pentru ofertele admisibile.

Ofertantul clasat pe primul loc a fost stabilit în baza punctajului total rezultat prin aplicarea criteriului de atribuire *„Cel mai bun raport calitate -preț*" având 2 factori de evaluare *„durata utilă de funcţionare a produselor*" şi *„preţul ofertei*".

Având în vedere că procedura a fost online, la data comunicării către contestator că oferta sa a fost neconformă (data de 26.09.2016), în SEAP nu se putea activa butonul *„finalizare evaluare financiară*". Activarea acestuia la aceea dată închidea posibilitatea solicitării şi primirii de la ofertantul clasat pe primul loc, a documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, conform declaraţiilor din DUAE.

După îndeplinirea obligaţiei comisiei de evaluare, privind verificarea documentelor suport DUAE pentru ofertantul clasat pe primul loc, în SEAP s-a realizat *„îndeplinire DUAE*" şi *„finalizare evaluare financiară"* în 30.09.2016 şi din acest motiv, în SEAP, a apărut o perioadă între comunicarea făcută către ofertant, folosind butonul *„întrebări*" şi comunicările SEAP ulterioare, prin activarea butonului *„Finalizare evaluare financiară*".

Având în vedere cele menţionate, autoritatea contractantă apreciază ca fiind temeinice şi legale atât documentele întocmite cât şi decizia, drept pentru care solicită respingerea contestaţiei depuse de ....S.R.L., ca netemeincă, nefondată şi nelegală.

În concluzie, față de motivele expuse mai sus, autoritatea contractantă consideră că nu a îngrădit dreptul ofertanților de a solicita clarificări la documentația de atribuire, nu a încălcat prevederile legale și nici principiile fundamentale reglementate de legislația achizițiilor publice și decizia a fost pertinentă, temeinică și legală.

Din documentele depuse de părţi şi din susţinerile acestora, Consiliul constată următoarele:

.... S.A., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura de atribuire simplificată – într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect *„Piese de schimb pentru Moara de măcinat cărbune tip. MVC 17 și grătar postardere cazane abur 1,2,3, - lot A,B,C,D*", sens în care a publicat, în SEAP, invitaţia de participare ...../29.07.2016.

Valoarea estimată a contractului este de 260.860 lei, iar criteriul de atribuire este „Cel mai bun raport calitate-preț".

Potrivit Procesului-verbal nr. ..../19.08.2016 al şedinţei de deschidere a ofertelor, până la termenul limită au depus ofertă un număr de 4 operatori economici, pentru lotul B, 6 operatori economici, pentru lotul C, 5 operatori economici, pentru lotul D. În urma evaluării ofertelor, comisia de evaluare a respins ca neconforme ofertele depuse de către S.C. ....S.R.L., pentru loturile B, C și D, aspecte consemnate în Raportul procedurii nr. .... din 30.09.2016.

Ulterior evaluării ofertelor şi comunicării rezultatului parțial al procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, S.C. ....S.R.L. a depus la Consiliu contestaţia de faţă.

Analizând criticile formulate de contestator, Consiliul constată că acestea vizează în principal aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a analizat şi apreciat ofertele depuse de către contestator, pentru loturile B, C și D.

În calitate de participant la procedură, contestatorul a primit prin SEAP, la data de 26.09.2016, rezultatul procedurii, în care autoritatea contractantă a menţionat că ofertele acestuia au fost declarate neconforme, pentru loturile menționate, în baza art. 143 alin. (3) lit. b) din HG nr. 394/2016, motivul respingerii ofertelor contestatorului fiind impunerea unor clauze contractuale dezavantajoase pentru autoritate, respectiv:

„Oferta dvs. este respinsa cf art.143 din HG 346/2016 deoarece oferta este considerata neconforma in cf cu art.143 alin (3) lit.b) din HG 394/16 (oferta conţine propuneri de modificare a clauzelor contractuale care sunt in mod evident dezavantajoase pt. entitatea contractanta, iar dvs desi ati fost informat cu privire la respectiva situatie, nu acceptați renunțarea la clauza respectivă".

Având a verifica legalitatea motivului declarării ofertelor depuse de contestator ca fiind neconforme, Consiliul constată următoarele:

În fişa de date (IV.4.2. Modul de prezentare a propunerii financiare) se menţionează:

*„Ofertantii au dreptul de a formula obiectiuni/propuneri de modificare cu privire la clauzele contractuale stabilite de autoritatea contractanta, sub forma de clarificari, inainte de data limita de depunere a ofertelor, astfel încât daca aceste clauze vor fi amendate/modificate ele sa fie aduse la cunostinta tuturor operatorilor economici interesati, înainte de data limita de depunere a ofertelor. Eventualele obiectiuni/propuneri de modificare formulate la clauzele contractuale **specifice** pot fi prezentate, distinct, în cadrul propunerii financiare.*

Propunerile de modificare a clauzelor contractuale, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru autoritatea contractanta si la care ofertantul nu accepta sa renunte, conduc la respingerea ofertei prezentate, ca neconforma."

Din cele mai sus reținute, reiese faptul că anterior depunerii ofertelor, ofertanţii aveau dreptul de a formula obiecţiuni, propuneri de modificare cu privire la clauzele contractuale stabilite de autoritatea contractantă, acestea putându-se formula asupra oricăror clauze (obligatorii sau specifice), iar la data depunerii ofertelor, obiecţiunile, propunerile pot fi formulate doar asupra clauzelor contractuale specifice.

Conform prevederilor din fişa de date, solicitările de amendare a clauzelor contractuale obligatorii, stabilite de autoritatea contractantă, puteau fi efectuate înainte de depunerea ofertelor, pentru a putea fi aduse la cunoştinţa tuturor ofertanţilor.

Conform art. 22 din HG nr. 394/2016:

„(1) Documentaţia de atribuire este alcătuită din următoarele: (...)

*c) **clauze contractuale obligatorii**;"*

Conform art. 172 din Legea nr.99/2016:

„(1) Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire (...)".

Din coroborarea prevederilor cuprinse în art. 22 din HG nr. 394/2016, art. 172 din Legea nr. 99/2016 şi în Cap. IV.4.2) din Fişa de date a achiziţiei, rezultă faptul că orice operator economic putea să solicite clarificări sub forma obiecţiunilor, propunerilor de modificare a clauzelor contractuale obligatorii, cu condiţia ca acestea să fi fost făcute înainte de depunerea ofertelor, pentru a putea fi aduse la cunoştinţa tuturor ofertanţilor.

La acest moment, solicitarea, propunerea ofertantului ....S.R.L. de amendare a unei clauze contractuale obligatorie, inclusă în formularul de ofertă, poate fi considerată tardivă.

În modelul de contract sectorial de furnizare, autoritatea contractantă a menţionat următoarele:

Clauze obligatorii (...)

9.3. Achizitorul are obligaţia de a efectua plata în lei prin ordin de plată către furnizor, în termen de 60 de zile de la recepţie, cu condiţia ca

produsele să nu fie respinse în urma efectuării recepţiei, în baza facturii emise de furnizor.

Examinând formularul de ofertă, depus de contestator, la data de 17.08.2016, pentru fiecare din cele 3 loturi, Consiliul constată că acesta a propus modificarea clauzei 9.3. prin completarea acesteia cu următoarea prevedere: *„...Achizitorul se obligă să înmâneze furnizorului la fiecare livrare, un document de garantare a plăţii (BO, Filă CEC, Scrisoare Bancară)*". La aceeași dată, contestatorul a transmis adresa nr. 4471/17.08.2016, cu următorul conținut:

„Propuneri de modificare/completare ale proiectului de contract
Propunem completarea art. 9.3. astfel:
9.3. Achizitorul are obligaţia de a efectua plata în lei prin ordin de plată către furnizor, în termen de 60 de zile de la recepţie, cu condiţia ca produsele să nu fie respinse în urma efectuării recepţiei, în baza facturii emise de furnizor. Achizitorul se obligă să înmâneze furnizorului la fiecare livrare, un document de garantare a plăţii (BO, Filă CEC, Scrisoare Bancară).”

Prin adresele nr. ..../16.09.2016, pentru Lot. B, nr. .../ 16.09.2016, pentru Lot. C, nr. ..../16.09.2016, pentru Lot. D, autoritatea contractantă a cerut contestatorului următoarele:

„sa renunţaţi la propunerea de completare a art. 9.3 din contract, solicitata de dvs. in Formularul de oferta, deoarece articolul 9.3 se gaseste la „Clauze obligatorii„ nu la „Clauze specifice„ si nu poate fi modificat, conform prevederilor din Fisa de date la Cap.IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare."

Prin adresele nr. .../20.09.2016, pentru Lot. B, nr. .../ 20.09.2016, pentru Lot. C, nr. ..../20.09.2016, pentru Lot. D, contestatorul răspunde autorității contractante, următoarele:

„În ceea ce privește propunerea noastră de completare a art. 9.3 din contract, vă comunicăm că ne menținem punctul de vedere formulat".

Având în vedere răspunsul contestatorului, Consiliul consideră că autoritatea contractantă, în mod corect, a făcut aplicarea prevederilor art. 143 alin. 3 lit. b) din H.G. nr. 394/2016, respectiv:

(3) În condiţiile art. 228 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: (...)
b) conţine propuneri de modificare a clauzelor contractuale pe care le-a stabilit entitatea contractantă în cadrul documentaţiei de atribuire, care sunt în mod evident dezavantajoase pentru aceasta din urmă, iar ofertantul, deşi a fost informat cu privire la respectiva situaţie, nu acceptă renunţarea la clauzele respective;

Consiliul nu va reține în soluționarea contestației, afirmația contestatorului că *„autoritatea contractantă nu face nicio menţiune justificabilă cu privire la solicitarea de renunţare*, *nu precizează şi nu argumentează de ce menţine aceste amendamente*" în condiţiile în care, în cuprinsul solicitărilor a fost specificat în mod clar motivul pentru care se solicită renunţarea, respectiv: *„articolul 9.3 se găseşte la „Clauze*

obligatorii„ nu la „Clauze specifice" şi nu poate fi modificat, conform prevederilor din Fișa de date la Cap.IV.4.2) „Modul de prezentare a propunerii financiare".

Comisia a solicitat clarificări explicite, arătând clar motivul pentru care a solicitat renunţarea, a stabilit şi un termen de răspuns, luând decizia de respingere a ofertei ca neconformă, după primirea răspunsului ofertantului.

Afirmaţia contestatorului că „*niciunde în legislaţia în vigoare legiuitorul nu a înţeles a defini noţiunea „clauze contractuale obligatorii*", nu este întemeiată, având în vedere că aceste clauze au fost definite ca făcând parte din documentaţia de atribuire, aşa cum rezultă din prevederile art. 22 alin. (1) lit. c) din HG nr. 394/2016.

Nu se poate vorbi de „*o încălcare flagrantă a obligaţiei autorităţii contractante de a acorda operatorilor economici un tratament egal şi nediscriminatoriu*", cum afirmă contestatorul, întrucât nu s-a îngrădit dreptul operatorilor economici de a propune amendamente la clauzele contractuale obligatorii, în condiţiile în care aceste clauze fac parte din documentaţia de atribuire, iar conform prevederilor legale, coroborate cu prevederile din fişa de date, orice operator economic are dreptul să solicite clarificări asupra documentaţiei de atribuire, **anterior depunerii ofertei**.

Autoritatea contractantă nu putea accepta modificarea solicitată de către contestator, inclusă în formularul de ofertă, deoarece i-ar fi creat un avantaj acestuia în raport cu ceilalți participanți la procedură, care aveau dreptul și ar fi trebuit să aibă cunoștință și să beneficieze de eventuale modificări aduse documentației de atribuire.

De asemenea, nici afirmația contestatorului că „*declararea neconformă a ofertei noastre pentru fiecare dintre trei loturi, a intervenit la data de 26.09.2016 - data postării în SEAP, în condiţiile în care, termenul statuat pentru evaluarea financiară a fost 30.09.2016, ora 12:45*", nu este întemeiată, deoarece:

- conform art. 227 alin. (2) din Legea nr. 99/2016:

Pe durata procesului de evaluare, entitatea contractantă are dreptul de a transmite candidaţilor/ofertanţilor rezultate parţiale, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces, cu precizarea motivelor concrete care au condus la luarea deciziilor respective, în conformitate cu condiţiile specifice prevăzute prin normele metodologice de aplicare a prevederilor prezentei legi.

- conform art. 72 alin. (3) și (4) din H.G. nr. 394/2016:

(3) În urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), entitatea contractantă comunică fiecărui ofertant ce a fost respins motivele care au stat la baza acestei decizii, iar celorlalţi li se aduce la cunoştinţă faptul că se trece la etapa următoare de verificare, cu respectarea prevederilor cap. V secţiunea a 13-a din Lege.

(4) Comisia de evaluare are obligaţia, în urma finalizării fiecăreia dintre fazele de verificare prevăzute la alin. (1) şi (2), să introducă în SEAP rezultatul admis/respins, să comunice motivele de respingere ofertanţilor

respinşi, să deschisă în SEAP sesiunea pentru prezentarea documentelor-suport aferente DUAE depuse de ofertantul de pe primul loc, precum şi să acorde un termen de răspuns.

Comunicarea rezultatului evaluării financiare, către ofertantul contestator şi către toţi ofertanţii rămaşi în procedură, la acea dată, a fost realizată în data de 26.09.2016, în spiritul prevederilor legale menționate mai sus.

Consiliul va reține în soluționarea contestației, ca fiind relevante, argumentele aduse de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, respectiv:

„Având în vedere că procedura este online, la data comunicării către contestator că oferta sa este neconformă (data de 26.09.2016), în SEAP nu se putea activa butonul „finalizare evaluare financiară". *Activarea acestuia la aceea dată închidea posibilitatea solicitării şi primirii de la ofertantul clasat pe primul loc, a documentelor doveditoare privind îndeplinirea criteriilor de calificare, conform declaraţiilor din DUAE.*

După îndeplinirea obligaţiei comisiei de evaluare, privind verificarea documentelor suport DUAE pentru ofertantul clasat pe primul loc, în SEAP s-a realizat „îndeplinire DUAE" *şi „finalizare evaluare financiară" în 30.09.2016 şi din acest motiv, în SEAP, apare o perioadă între comunicarea făcută către ofertant, folosind butonul „întrebări*" *şi comunicările SEAP ulterioare, prin activarea butonului „Finalizare evaluare financiară*"."

În cazul în care cerinţele prevăzute în fişa de date a achiziţiei nu erau justificate temeinic, sau dacă considera că autoritatea contractantă a inclus cerinţe contradictorii, ambiguu formulate, contestatorul putea solicita, autorităţii contractante clarificări, în temeiul dispoziţiilor art. 172 din Legea nr. 99/2016 sau putea contesta respectivele cerinţe în termenul legal potrivit art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Prin depunerea ofertei, contestatorul şi-a însuşit conţinutul întregii documentaţii de atribuire, deci implicit şi conţinutul fişei de date a achiziţiei cu privire la cerinţele de la cap. IV.4.2.) – Modul de prezentare a propunerii financiare.

Pentru considerentele mai sus expuse, Consiliul va respinge criticile contestatorului formulate în acest sens.

Pentru aceste motive,

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul dispoziţiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, Consiliul respinge ca nefondată contestaţia formulată de S.C. ....S.R.L., în contradictoriu cu .... S.A.

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

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

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

…….. **……..** **……..**

Redactat în .....exemplare, conţine ..... pagini.