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. 12 alin. (1) 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 contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ...., satul ....., comuna ....., județul ....., CUI ....., număr de înregistrare în registrul comerțului ....., reprezentată de doamna ..... - administrator, privind procedura simplificată într-o singură etapă, online, pentru atribuirea contractului sectorial de furnizare de „.....”, cod CPV ...., organizată de ....., cu sediul în ...., ..., ..., în calitate de entitate contractantă, contestatoarea a solicitat:

- anularea în tot a rezultatului procedurii nr. 59484/06.07..... prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă pe motiv că societatea sa nu a transmis răspuns la solicitarea de clarificări din data de 29.07..... privind propunerea tehnică, cu termen de răspuns 03.07....., cu aplicarea dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016
- anularea tuturor actelor subsecvente acestui moment
- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de achiziție sectorială şi evaluarea ofertelor în condițiile eliminării clauzei privind garanția tehnică de bună execuție.

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

Consiliul a fost legal sesizat şi este competent, potrivit dispoziţiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ..... SRL reclamă decizia entității contractante comunicată prin adresa nr. 59484/06.07....., conform căreia oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, apreciind-o nelegală, din considerentele expuse, pe larg, în cele ce urmează.

În preambul, contestatorul precizează că la notificarea prealabilă adresată entității contractante în data de 11.07....., nu a primit niciun răspuns, drept pentru care înțelege să formuleze prezenta contestație.

În fapt, contestatorul arată că în data de 07.07..... autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 59484/06.07..... prin care a anunțat că oferta sa a fost declarată inacceptabilă cu aplicarea dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 în sensul că operatorul economic nu ar fi răspuns la solicitarea de clarificări din data de 29.06.....

Invocând dispoziţiile art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, contestatorul arată că oferta operatorului economic poate fi declarată ca inacceptabilă dacă ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările solicitate, cu precizarea că textul normativ face trimitere la art. 221 din Legea nr. 99/2016 în sensul că autoritatea contractantă are dreptul de a solicita operatorului economic ofertant clarificări în cazul în care informațiile furnizate de acesta sunt incomplete sau eronate.

În acest context, precizează că, în realitate, autoritatea contractantă a formulat în data de 20.06..... adresa nr. 59202 unde, la pct. c) atât în ceea ce privește Lotul 1 cât şi Lotul 2 a solicitat ca societatea sa să confirme că va constitui garanţia tehnică de bună execuţie, conform prevederilor caietului de sarcini aferent documentației, față de împrejurarea că în propunerea tehnică nu există nici o precizare referitoare la garanția tehnică de bună execuție solicitată prin caietul de sarcini nr. 02- 073 pct. 11 „Garanția tehnică de bună execuție".

În răspunsul transmis în data de 27.06....., la pct. 5, contestatorul arată că a răspuns la solicitarea de la pct. c) atât în ceea ce privește Lotul 1 cât şi Lotul 2 din adresa nr. 59202/20.06..... precizând: „În ceea ce privește lit. c a pct. 1 - lot 1 şi 2 - Lot 2 cu referire la lipsa din propunerea tehnică a precizărilor cu referire la Garanţia tehnică de bună execuţie facem precizare a că societatea noastră a formulat o solicitare de clarificări cu privire la „Garanţia tehnică de bună execuţie" iar împotriva răspunsului dv. cuprins în adresa nr. 53996/09.06..... s-a formulat contestaţie aflată pe rolul CNSC - dosar nr. ..../....., situaţie în care până la soluţionarea contestaţiei cu privire la legalitatea acestei solicitări exprese, propunerea tehnică nu poate cuprinde o astfel de cerinţă care, o dată cuprinsă în oferta noastră ar presupune ca cerinţa să fie acceptată făcând inutil demersul nostru legal", atât prezent cât şi pe viitor.

Potrivit contestatorului, solicitarea de clarificări a autorității contractante din data de 29.06..... cu termen de răspuns la data de 03.07....., postată pe SEAP fără a avea forma celei din data de 20.06..... ci doar sub formă de întrebare formulată cu caracter tendențios, astfel cum rezultă din conţinutul său, respectiv „Având în vedere că nu aţi răspuns la solicitarea de clarificare privind Garanția tehnică de bună execuţie precum şi răspunsul CNSC ....., vă rugăm să ne confirmaţi dacă veţi constitui garanţia tehnică de bună execuţie conform prevederilor pct. 11 Garanţia tehnică de bună execuţie din caietul de sarcini 02-073" este inutilă, superfluă şi neconformă cu realitatea deoarece în privința acestei probleme operatoriul economic îşi exprimase punctul de vedere. Cu alte cuvinte, susține contestatorul, autoritatea

contractantă nu poate invoca că operatorul economic prin răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. 59202/20.06..... nu ar fi lămurit pe deplin problema acceptării sau nu a „garanţiei tehnice de bună execuţieca obligaţie de esenţă cuprinsă în Caietul de sarcini al procedurii” punctul său de vedere fiind complet şi lămuritor sub toate aspectele pentru care autoritatea contractantă a solicitat clarificări.

Astfel, consideră că sub acest aspect autoritatea contractantă putea să ia împotriva operatorului economic orice măsuri le considera necesare de îndată ce răspunsul acestuia i-a fost adus la cunoștință în data de 27.06.....

În opinia contestatorului, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări, drept recunoscut acesteia în conformitate cu dispozițiile art. 221 din Legea nr. 99/2016, nu îi permite acesteia posibilitatea de a abuza de el decât în măsura în care informațiile şi documentele prezentate de operatorul economic sunt incomplete sau eronate.

În speţă, contestatorul consideră că a formula o nouă solicitare de clarificări având același conținut cu cele două probleme identice sesizate de autoritatea contractantă prin prima solicitare de clarificări şi la care operatorul economic a răspuns, reprezintă un abuz de drept ce se impune a fi sancționat, apreciind că simpla adăugare în textul solicitării de clarificări din data de 29.06..... a referinței privind adresa CNSC 24296/19.06.2016 este irelevantă şi fără a opera vreo modificare de conținut. În acest sens arată că, pe de o parte nu are cunoștință despre ce adresă este vorba, iar, pe de altă parte, dacă aceasta ar fi relaționată la soluția CNSC prin care s-a respins cererea de suspendare a operatorului economic formulată în cuprinsul contestației - Dosar nr. ..../....., situația nu schimbă cu nimic răspunsul agentului economic dat în data de 27.06..... la pct. c) - Lot 1 şi 2 şi cuprins în cadrul pct. 5 cu referire la garanţia tehnică de bună execuţie. Mai mult, consideră că solicitarea de clarificări din data de 29.06..... este o încercare de preconstituire a unei aparențe de legalitate, autoritatea contractantă urmărind în realitate producerea rezultatului exprimat ulterior prin adresa nr. 59484/06.07....., atitudine fiind sancționată de dispoziţiile art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016 aspect coroborat cu rezultatul procedurii de achiziţie publică cuprins în adresa nr. 59646/21.07..... de unde reiese că prețul ofertat de societatea sa pentru ambele loturi este inferior preţului ofertelor declarate câștigătoare.

Prin urmare, contestatorul susține că orice abuz de drept trebuie sancționat ca atare şi orice act abuziv se impune a fi anulat, orice drept putând fi exercitat în scopul de a nu vătăma sau păgubi pe altul în mod excesiv şi nerezonabil şi contrar bunei-credinţe (art. 15 C.civ).

Pe lângă cele arătate mai sus, având în vedere problema „Garanţiei tehnice de bună execuţie” pe care societatea sa în mod corect a decis a nu o accepta ca obligație impusă prin caietul de sarcini considerând-o ca obligaţie excesivă şi abuzivă, contestatorul învederează următoarele:

În conformitate cu prevederile cuprinse în Caietul de sarcini al procedurii, la pct. 11 alin. 1-4 s-a făcut referire la o aşa numită „garanţie tehnică de bună execuţie" ce ar trebui constituită cu 30 zile înainte de

expirarea garanției de bună execuție a contractului care, pe de o parte dublează garanția de bună execuție a contactului prin constituirea sa anterioară încetării termenului de valabilitate al acesteia din urmă iar, pe de altă parte dublează garanția utilajelor ce este obligatoriu a fi emisă pentru orice utilaj furnizat. Mai mult decât atât, neconstituirea garanției tehnice de bună execuție, în contextul celor mai sus precizate, atrage executarea garanţiei de bună execuţie, respectiv refuzul de restituire al acesteia în condiţiile dispoziţiilor art. 48 alin. (1) din HG nr. 394/2016. Totodată, garanția tehnică de bună execuţie este consemnată şi la art. 12.7 - 12.10 din modelul contractului de furnizare unde se prevede în mod expres că durata de valabilitate a acesteia excede cu 14 zile durata de valabilitate a garanției utilajelor furnizate în cadrul contractului de achiziție sectorială.

În opinia contestatorului, aceste solicitări exced dispozițiilor legislației incidente care nu prevăd constituirea unei astfel de garanții, fapt demonstrat şi de lipsa vreunei definiri exprese a termenului de „garanție tehnică de bună execuţie” în cuprinsul acesteia. Mai mult decât atât, în Fişa de date a procedurii la pct. III 1.1. b) se face referire doar la garanţia de bună execuţie, nefiind precizată obligația constituirii de către furnizor şi respectiv a condițiilor constituirii oricărui alt tip de garanţie decât garanţia de bună execuţie, ceea ce face ca dispozițiile cuprinse în Caietul de sarcini al procedurii la pct. 11 alin. 1-4 şi respectiv în contractul de furnizare la art. 12.7-12.10 să exceadă cadrului procedurii de achiziţie publică sectorială instituit prin documentul de bază al procedurii.

De asemenea, luând în considerare dispozițiile legale în vigoare incidente în cauză, contestatorul consideră ca fiind indubitabil că dincolo de momentul semnării procesului verbal de recepţie care confirmă cantitativ, calitativ şi la termen a obligaţiilor asumate contractual de furnizorul produselor nu pot fi constituite alte garanţii. De altfel, mai arată că potrivit dispozițiilor art. 12.9 din contractul de furnizare entitatea contractantă are dreptul să emită pretenții asupra garanției tehnice de bună execuţie în limita prejudiciului creat de furnizor dacă acesta nu îşi îndeplinește obligațiile asumate în contract. Potrivit contestatorului, acest text ce se impune a fi coroborat cu dispoziţiile art. 9 din contract şi în mod special, art. 6.1. din contractul de furnizare, care prevăd că termenul de valabilitate al contractului este până la data de 31.12....., dată după care obligaţiile furnizorului încetează, garanţia produselor livrate fiind o obligația asumată de către furnizorul produsului în contextul unui alt contract, respectiv, al contractului de garanție.

În acest sens, contestatorul face referire în mod expres şi la textul art. 12.7.1. din contractul de furnizare care instituie obligaţia furnizorului de a cere stipularea, în cadrul instrumentului prin care s-a constituit garanţia tehnică de bună execuţie, a termenului de *„executare necondiţionată şi la prima cerere a achizitorului pe baza unei simple declaraţii cu privire la o pretinsă culpă a furnizorului*", clauză contractuală inadmisibilă şi abuzivă şi pe considerentul că aceasta presupune extinderea duratei contractului şi implicit a culpei furnizorului sau

extinderea extra-contractuală a obligațiilor furnizorului ceea ce este de natură a încălca şi dispoziţiile art. 47 din HG nr. 394/2016.

Așadar, contestatorul consideră că dispozițiile cuprinse la pct. 11 alin. 1-4 din Caietul de sarcini cu referire la garanția tehnică de bună execuţie, precum şi la art. 12.7-12.10 din Contractul de furnizare sunt abuzive şi excesive, de natură a crea un dezechilibru de esenţă între răspunderea entităţii contractante şi răspunderea furnizorului/operator economic ofertant în cadrul procedurii de achiziţie sectorială, acestea fiind nule absolut în contextul aplicării dispoziţiilor art. 1247 Ncciv.

Faţă de cele de mai sus, contestatorul consideră că soluţia adoptată de autoritatea contractantă de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale este nelegală şi netemeinică, fiind abuzivă şi emisă cu încălcarea dispoziţiilor legale la care s-a făcut referire mai sus. Totodată, apreciază că se impune ca CNSC să analizeze, sub aspectul legalităţii, obligativitatea constituirii „Garanţiei tehnice de bună execuţie" de către operatorii economici participanţi la procedura de achiziţie sectorială în cauză.

În punctul de vedere transmis prin adresa nr. 59765/31.07....., înregistrată la CNSC sub nr. 31498/31.07....., ..., în calitate de entitate contractantă, solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, având în vedere următoarele considerente:

Având în vedere încheierea nr. ... emisă de CNSC, prin care s-a decis respingerea, ca nefondată, a solicitării societății ..... SRL de suspendare a procedurii de atribuire a contractului de furnizare de „.....", comisia de evaluare a continuat procesul de evaluare şi a transmis, în data de 29.06....., prin SEAP, acestui ofertant, încă o solicitare de clarificare privind îndeplinirea cerinței referitoare la constituirea garanției tehnice de bună execuție (pct. 11 din caietul de sarcini 02-073), cu termen de răspuns: 03.07..... (inclusiv), acordându-i posibilitatea de a răspunde la clarificare, în noul context determinat de decizia C.N.S.C.

Societatea SC ..... SRL nu a răspuns la această solicitare de clarificare, astfel încât comisia de evaluare a decis, în mod perfect legal, respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în baza art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 conform căruia: "în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă", situație comunicată ofertantului adresa nr. 59640/20.07.....

În urma comunicării de respingere a ofertei primite, SC ..... SRL a depus notificarea nr. 109/11.07....., înregistrată la ...cu nr. 11116/14.07.....

Față de afirmația contestatarei că nu i s-a răspuns la notificarea menționată mai sus, autoritatea contractantă arată că a transmis un răspuns, prin adresa nr. 59640/20.07....., pe care înțelege să-l depună în probațiune împreună cu dovada confirmării de primire şi citire a mail-ului.

Potrivit autorității contractante, aprecierea de către contestator ca tendențios unui act de corectitudine al comisiei de evaluare şi anume acela de a îi oferi posibilitatea legală de a participa mai departe în

evaluarea procedurii, prin solicitarea de clarificări privitoare la constituirea garanției tehnice, denota rea-voinţă din partea acestuia.

În acest sens, autoritatea contractantă precizează că societatea contestatoare cunoștea încă de la început cerinţele privind garanţia tehnică de bună execuţie, anunţul de participare fiind publicat împreuna cu documentaţia de atribuire în data de ..... şi putea contesta această cerinţă în termenul legal pentru solicitarea de remedieri privind documentaţia de atribuire precizat la art.6 din Legea nr. 101/2016, respectiv 5 zile de la data publicării documentaţiei de atribuire, însă nu şi-a exercitat acest drept, ci a solicitat, mult mai târziu, o clarificare în SEAP, în data de 07.06....., la care i s-a răspuns, tot prin SEAP, în data de 09.06....., răspuns, pe care ulterior, l-a contestat.

Prin urmare, autoritatea contractantă consideră toate demersurile de până acum ale contestatorului, privind eliminarea cerinţei privind "garanţia tehnică de bună execuţie", solicitată prin caietul de sarcini aferent documentaţiei, ca fiind tardive şi răuvoitoare.

De asemenea, față de afirmația contestatorului cum că membrii comisiei de evaluare ar fi „abuzat" de dreptul de a solicita clarificări, autoritatea arată că era în drept să solicite încă odată, în urma deciziei de respingere de către CNSC a contestaţiei depusă anterior de SC ..... SRL, clarificare pe această speţă, aceasta fiind necesară în vederea continuării, în mod corect şi transparent, a procesului de evaluare. Acuzaţiile voalate ale contestatarei privind ilegalitatea şi incorectitudinea actelor comisiei de evaluare dovedesc, în opinia autorității contractantă, încă o dată, intenţie de rea-voinţă şi de intimidare, în speranţa că rezultatul final va fi în favoarea sa, însă în defavoarea celorlalţi ofertanţi care au respectat în totalitate cerinţele documentaţiei de atribuire.

Privind afirmaţia contestatarei cum că cerinţa privind garanţia tehnică de bună execuţie nu a fost menţionată în fişa de date, excedând cadrul procedurii de achiziţie publică, autoritatea contractantă menţionează că cerinţa este prevăzută în caietul de sarcini 02-073 şi preluată în modelul de contract, documente care fac parte integrantă din documentaţia de atribuire, acestea venind în completarea cerinţelor din fişa de date. Totodată, face precizarea că această cerinţa privind constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie, este o cerinţă perfect legală, pe care SC ..... SRL o putea accepta, sau refuza, sub condiţia acordului de voinţă - art. 1166, art. 1169 Cod Civil.

Referitor la faptul că oferta financiară a contestatorului ar fi fost mai mică decât cea a ofertantilor desemnați câștigători, autoritatea contractantă arată că, pe de o parte, la acel moment, comisia de evaluare nu cunoștea prețurile ofertate, iar, pe de altă parte, subliniază faptul că ceilalți patru ofertanți nu au avut nimic de obiectat în ceea ce priveşte cerinţa constituirii garanţiei tehnice de bună execuţie, astfel că acceptarea propunerii tehnice a contestatarei fără a îndeplini aceasta cerinţă, ar fi condus la încălcarea principiului privind tratamentul egal precum şi la avantajarea acesteia.

De asemenea, autoritatea precizează că garanția tehnică de bună execuţie presupune blocarea unei sume de bani pe o perioada de timp,

aspect care, cu siguranţă, a fost luat în calcul de către ceilalţi ofertanţi, care au acceptat această clauză.

Prin adresa nr. 118/03.08....., înregistrată la CNSC sub nr. 32225/03.08....., contestatorul formulează Note scrise, învederând următoarele:

În preambul, contestatorul recunoaște eroarea afirmației din cuprinsul contestației referitoare la faptul că nu ar fi primit niciun răspuns la notificarea sa prealabilă, subliniind faptul că, indiferent de circumstanțele situației, contestația sa a fost depusă în termenul prevăzut de legiuitor.

Pe de altă parte, din lecturarea răspunsului la notificarea prealabilă de remediere cuprins în adresa nr. 59640/20.07....., contestatorul observă aceeaşi confuzie, intenţionată sau neintenţionată, în sensul creării unei false conexiuni între încheierea CNSC nr. ... pronunţată la data de 16.06..... şi justificarea solicitării de clarificări formulată de comisia de evaluare în data de 29.06....., cu termen de răspuns în data de 03.07.....

In realitate, astfel cum s-a arătat şi în motivarea contestaţiei, contestatorul precizează că a formulat o contestaţie împotriva răspunsului la solicitarea de clarificări emis de comisia de evaluare sub nr. 53996/09.06..... prin care aceasta şi-a menținut punctul de vedere cuprins în Caietul de sarcini al procedurii, contestație care a făcut obiectul dosarului nr. .../....., CNSC fiind învestit cu soluţionarea mai multor capete de cerere printre care, la pct. III, operatorul economic a solicitat „suspendarea procedurii de achiziţie sectorială până la soluţionarea contestaţiei".

Referitor la acest capăt de cerere, Consiliul, în temeiul dispozițiilor art. 22 şi art. 23 din Legea nr. 101/2016, a emis încheierea nr. .... din 16.06....., care nu este o soluţie pe fondul cauzei astfel încât, invocarea ei ca motiv al reformulării de către autoritatea contractantă a unei noi solicitări de clarificări având drept obiect acelaşi conţinut cu solicitarea de clarificări cuprinsă în adresa nr. 39202/20.06..... la punctele c) — Lot 1 şi 2, este, în opinia contestatorului, nejustificată.

Mai mult decât atât, contestatorul arată că, respingând cererea de suspendare, CNSC a reţinut în considerente şi faptul că *„potrivit art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016 entităţii/autorităţii contractante îi este interzisă încheierea contractului mai înainte de soluţionarea contestației şi comunicarea deciziei de către Consiliu, sub sancţiunea nulității încheierii lui. Prin urmare, finalizarea procedurii este suspendată prin efectul dispozițiilor art. 9 alin. 4 din Legea nr. 101/2016, în sensul că procedura nu poate fi continuată prin încheierea contractului, ceea ce face de prisos eventuala luare de către CNSC a măsurii suspendării ei*".

Potrivit contestatorului, analiza contextului invocat de autoritatea contractantă ca justificare a formulării unei noi solicitări de clarificări având acelaşi obiect cu cea anterioară şi pentru care operatorului economic formulase deja un răspuns, astfel cum rezultă din conţinutul punctului 5 din adresa nr. 106/27.06..... cu referire la garanţia tehnică

de bună execuţie, relevă lipsa oricărui temei legal ce ar justifica demersul acesteia.

De altfel, subliniază contestatorul, dacă soluţia pronunţată de CNSC la data de 16.06..... în dosarul nr. 2051 ar fi privit fondul contestaţiei având ca obiect legalitatea impunerii prin Caietul de sarcini al procedurii a obligaţiei de constituire a garanţiei tehnice de bună execuţie, cu siguranţă demersul autorităţii contractante nu ar fi putut fi interpretat altfel decât ca un act de bunăvoinţă ce ar fi asigurat operatorului economic participant la procedură posibilitatea de a îşi completa oferta şi cu acceptarea acestei obligaţii de esenţă, dându-i astfel acestuia şanse egale în raport cu ceilalţi participanţi la procedură.

Pe de altă parte, cum răspunsul său la chestiunea garanţiei tehnice de bună execuţie era manifestat clar şi indubitabil în răspunsul la solicitarea de clarificări, la pct. 5 din adresa nr. 106/27.06....., contestatorul susține că autoritatea contractantă ar fi fost îndreptăţită să adopte orice măsuri considerate legale împotriva sa imediat după comunicarea adresei de răspuns (bineînţeles, context în care operatorul economic ofertant ar fi putut formula căile legale de atac). De altfel, arată contestatorul, potrivit dispoziţiilor art. 221 din Legea nr. 99/2016 entitatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor clarificări şi/sau completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor de participare în cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de operatori sunt incomplete sau eronate ori, în cazul în care lipsesc anumite documente, text normativ care restrânge dreptul autorităţii contractante cu privire la motivele solicitării de clarificări cu singura excepţie, privind existenţa unei soluţii pronunţate de CNSC cu referire la garanţia tehnică de bună execuţie în intervalul cuprins între răspunsul său din data de 27.06..... şi data de 29.06.....

Mai mult, contestatorul menționează că din analiza documentelor aflate la dosar reiese indubitabil faptul că şi-a prezentat punctul de vedere cu privire la solicitarea de clarificări în discuţie, respectiv neacceptarea în oferta prezentată a obligaţiei de esenţă privind garanţia tehnică de bună execuţie, situaţie în care afirmaţia autorităţii contractante în sensul că operatorul economic nu a răspuns la solicitarea de clarificări privind garanţia tehnică de bună execuţie este complet neadevărată.

Astfel, în contradictoriu cu afirmațiile autorităţii contractante care susține că a făcut aplicarea dispoziţiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, contestatorul reiterează faptul că membrii comisiei de evaluare nu își pot manifesta dreptul de a cere clarificări decât dacă informațiile sau documentele prezentate de operatori sunt incomplete sau eronate ori, în cazul în care lipsesc anumite documente, ceea ce în cazul în speţă nu se poate reţine tocmai pentru că în privinţa garanţiei tehnice de bună execuţie operatorul economic ofertant şi-a exprimat punctul de vedere în cadrul răspunsului său cuprins în adresa nr. 106/27.06....., în considerarea solicitării de clarificări cuprinsă în adresa nr. 59202/20.06..... ca subpunct.

După primirea de către autoritatea contractantă a unui răspuns de la operatorul economic ofertant la problema garanţiei tehnice de bună

execuţie, contestatorul apreciază că aceasta nu mai avea dreptul de a formula o nouă solicitare de clarificări având același conţinut urmare căruia să invoce ulterior că oferta operatorului economic este inacceptabilă cu aplicarea dispoziţiilor art. 140 alin. 4 din norme.

Pe de altă parte, referitor la susținerile autorității în sensul că notificarea prealabilă privind conţinutul documentaţiei de atribuire se formulează în termenele stabilite la art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, astfel încât demersul operatorului economic ofertant ar fi tardiv formulat în ceea ce priveşte garanţia tehnică de bună execuţie, contestatorul precizează că problema tardivităţii formulării unei notificări prealabile privind conţinutul documentaţiei de atribuire nu poate fi pusă în cadrul prezentei contestaţii deoarece contextul acesteia priveşte legalitatea declarării ca inacceptabilă a ofertei operatorului economic contestator cu aplicarea dispoziţiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 sub aspectul reţinut în respingerea ofertei în sensul că operatorul nu ar fi răspuns la o solicitare de clarificări în contextul în care acesta răspunsese de fapt la problemă în cadrul unui răspuns la clarificări anterior având acelaşi conţinut cu cea la care se pretinde că nu s-a răspuns şi, bineînţeles, în ce măsură autoritatea contractantă avea dreptul de a formula o nouă solicitare de clarificări având acelaşi obiect cu cea anterioară.

In plus, contestatorul arată că problema garanţiei tehnice de bună execuţie a fost invocată de societatea sa ca fiind o condiţie lovită de nulitate absolută pentru aspectele deja precizate prin contestaţie, iar nulitatea absolută afectează sub toate aspectele conţinutul oricărei clauze în timp ce sub aspectul momentului în care poate fi invocată, este imprescriptibilă în cazul în care legea nu dispune altfel. Ori, precizează contestatorul, nici Legea nr. 101/2016 şi nici Legea nr. 99/2016 nu creează restricţii sub aspectul limitării în timp a dreptului unui operator economic de a invoca nulitatea absolută a oricărei clauze cuprinsă în documentele procedurii, situaţie în care se presupune că aceasta poate face obiectul unei contestaţii în orice moment cu condiţia notificării prealabile a autorităţii contractante.

De asemenea, contestatorul înțelege să sublinieze următoarele susțineri ale entității contractante, respectiv:

1. cerinţa privind constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie este o cerinţă legală pe care societatea sa o putea accepta sau refuza sub condiţia acordului de voinţă exprimat în temeiul dispoziţilor ort. 1166 şi ort 1169 Cciv.

2. ceilalţi ofertanţi nu au avut nimic de obiectat în privinţa constituirii garanţiei tehnice de bună execuţie, iar aceştia şi-au prevăzut în preţul utilajelor ofertate sumele de bani care asigura constituirea acesteia.

Raportat la acestei susțineri, contestatorul consideră următoarele:

1. A susţine că cerinţa privind constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie este o cerinţă legală, fără a indica temeiul de drept al legalităţii, nu este de natură a convinge pe cineva în privinţa legitimității includerii acesteia ca o condiţie de esenţă în documentele procedurii (acelaşi lucru

se reţine şi din răspunsul autorităţii contractante la solicitarea de clarificări formulată de operatorul economic).

2. A susţine că dacă o sută de persoane nu au ridicat obiecţiuni cu privire la un aspect ilegal dintr-un contract nu dă dreptul unei alteia să invoce respectivul aspect de nelegalitate, este o teorie care nu reprezintă un argument ce poate fi opus persoanei ce invocă aspectul de nelegalitate şi nici nu poate fi folosit ca argument al legalităţii.

3. A susţine că operatorul economic ofertant putea accepta sau nu constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie prin manifestarea acordului de voinţă la semnarea contractului distorsionează realitatea pentru că a face o astfel de afirmaţie echivalează cu a susţine că respectiva condiţie nu era una obligatorie, de esenţă, caz în care aceasta nu trebuia inclusă în documentele procedurii.

În atare situaţie contestatorul concluzionează că indiferent dacă o ofertă acceptă sau nu constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie, aceasta nu poate fi eliminată din procedură. Mai mult decât atât, dacă se face referire la manifestarea acordului de voinţă ulterior câştigării procedurii, respectiv la semnarea contractului trebuie arătat că acordul de voinţă se manifestă de către ofertanţi la data formulării şi depunerii ofertei prin acceptarea inclusiv a draft-ului de contract de furnizare, parte a documentelor procedurii.

4. A susţine că ceilalţi ofertanţi cu siguranţă şi-au prevăzut în preţul ofertat costurile cu constituirea garanţiei tehnice de bună execuţie nu are nici o legătură cu fondul cauzei şi cu ilegalitatea cerinţei privind constituirea acesteia şi condiţiile impuse prin clauzele contractuale privind-o pe aceasta, inclusiv în ceea ce priveşte modalitatea pe care autoritatea contractantă şi-o rezervă în legătură cu reţinerea acesteia. Ba din contră, contestatorul apreciază că afirmaţia autorităţi contractante cu referire la adăugarea la preţul utilajului a sumelor ce ar reprezenta echivalentul constituirii garanţiei tehnice de bună execuţie transformă într-o certitudine prezumţia că autoritatea contractantă, beneficiind de prevederi contractuale abuzive şi ilegale, preconizează a invoca orice aspecte de natură a atrage reţinerea garanţiei tehnice constituite fără ca operatorul economic câştigător al procedurii să poată invoca că sumele invocate de entitatea contractantă au o bază reală sau nu.

Față de cele anterior expuse, contestatorul solicită Consiliul analizarea contestației sale sub aspectul motivelor care au generat-o.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de entitatea contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă online pentru atribuirea contractului sectorial de furnizare de „.....”, cod CPV .... În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...../....., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel scăzut”.

Împotriva cerinței privind garanția tehnică de bună execuție din documentația aferentă procedurii de atribuire, SC ..... SRL a formulat contestația soluționată prin decizia nr. ..... în sensul respingerii

acesteia ca inadmisibilă. Decizia CNSC a fost atacată cu plângere de SC ..... SRL la Curtea de Apel ....., formând obiectul dosarului nr. ..../....., cu termen .....

Ulterior deschiderii ofertelor și evaluării ofertelor, prin procesul-verbal nr. 5 al ședinței de evaluare tehnică nr.59417/04.07..... s-a consemnat rezultatul analizării răspunsurilor la clarificări cu privire la propunerea tehnică, reținându-se inacceptabilitatea ofertei depuse de SC ..... SRL în temeiul art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016 pe motiv că nu a răspuns în termenul impus, solicitărilor de clarificări ale comisiei de evaluare.

Împotriva deciziei de respingere a ofertei sale, SC ..... SRL a formulat contestația care face obiectul dosarului nr. ...../.....

Analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul urmează să respingă ca nefondată contestația SC ..... SRL, pentru considerentele ce se vor arăta în continuare.

Potrivit documentelor aflate la dosarul cauzei, Consiliul reține că motivul respingerii ofertei SC ..... SRL ca inacceptabilă în temeiul dispozițiilor art. 140 alin. (4) din HG nr. 394/2016, a fost faptul că acesta nu a transmis răspunsul la solicitările de clarificări din data de 29.07..... ale autorității contractante, referitoare la garanţia tehnică de bună execuţie solicitată în caietul de sarcini.

Totodată, Consiliul reține că privitor la această cerință din caietul de sarcini, contestatorul a formulat o contestație soluționată prin decizia CNSC nr. ....., în sensul respingerii acesteia ca inadmisibilă. Decizia CNSC a fost atacată cu plângere de SC ..... SRL la Curtea de Apel ....., formând obiectul dosarului nr. ... cu termen .....

Potrivit dispozițiilor art.129 alin.(1) teza I din HG nr.394/2016, „ *Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire...” .*

În caietul de sarcini, parte integrantă a documentației de atribuire, entitatea contractantă a solicitat la punctul 11 prezentarea garanției tehnice de execuție, cerință pe care ofertantul contestator în mod evident nu a îndeplinit-o. Este adevărat că SC ..... SRL a apreciat că cerința respectivă ar fi una nelegală, contestând-o la organismul administrativ-jurisdicțional și, ulterior, la instanța de control judiciar competentă, însă, în opinia Consiliului, pe de o parte, procedura de atribuire nu a fost suspendată de organismele abilitate, astfel că aceasta a parcurs etapele sale firești de derulare, iar pe de altă parte, cerința privind prezentarea garanției tehnice de execuție era în vigoare la data depunerii ofertelor și trebuia respectată de către toți operatorii economici participanți, de vreme ce presupusa nelegalitate a acesteia nu fusese stabilită de instanțele competente.

Consiliul nu poate primi ca întemeiate susținerile contestatorului referitoare la lipsa oricărui temei legal ce ar justifica demersul acesteia de a i se solicita noi clarificări în data de 29.06....., având în vedere că, în privinţa garanţiei tehnice de bună execuţie, și-a exprimat punctul de vedere în cadrul răspunsului său cuprins în adresa nr. 106/27.06.....,

în considerarea solicitării de clarificări cuprinsă în adresa nr. 59202/20.06..... Chiar dacă, în mod implicit, contestatorul a precizat în răspunsul la clarificări nr.106/27.06..... faptul că nu a constituit garanția tehnică de bună execuție solicitată în caietul de sarcini, o nouă solicitare de clarificări cu privire la acest aspect din parte entității contractante nu poate fi apreciată ca fiind excesivă sau nelegală, indiferent de motivul care a determinat acest demers.

Pe de altă parte, potrivit dispozițiilor art.140 alin.(4) din HG nr.394/2016, *„în cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant, în condițiile art. 221 din Lege, clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă*".

În opinia Consiliului, orice operator economic participant la o procedură de achiziție publică are obligația de a transmite răspunsul la solicitările de clarificări ale autorității/entității contractante în termenul precizat de comisia de evaluare sau, în situația în care le apreciază ca fiind nelegale, are posibilitatea să le conteste în modalitatea și cu respectarea termenelor impuse de dispozițiile legale din materia achizițiilor publice, fapt care, în speță, nu s-a întâmplat.

Luând în considerare cele mai sus menţionate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ..... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestaţia formulată de către SC ..... SRL în contradictoriu cu .....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

..... **.....** **.....**

...