



În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contra...lor de achiziție publică, a contra...lor sectoriale și a contra...lor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 331/C4/106

Data: 13.02.2023

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 2335/13.01.2023, depusă de SC ... SRL, cu sediul social ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., C.U.I. ..., reprezentată legal prin ..., formulată împotriva adresei de comunicare nr. 99/06.01.2023 și împotriva raportului procedurii de atribuire nr. 51/04.01.2023, emise de COMUNA ..., cu sediul în comuna ..., str. ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificate a contractului de achiziție publică de furnizare având ca obiect „*Achiziție buldoexcavator*”, s-a solicitat:

- anularea comunicării nr. 99/06.01.2023 și a raportului procedurii de atribuire nr. 51/04.01.2023, precum și a a...lor subsecvente și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor;
- obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată ocazionate de soluționarea prezentei contestații.

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

Consiliul a fost sesizat și este competent să soluționeze contestația formulată de SC ... SRL, împotriva comunicării nr. 99/06.01.2023 și a raportului procedurii nr. 51/04.01.2023, prin care solicită admiterea contestației și dispunerea în sensul celor arătate mai sus.

Preliminar, contestatoarea arată că în urma declarării ofertei sale ca neconformă și ca urmare a aplicării criteriilor de atribuire, oferta depusă SC ... -... SRL, în valoare de 575.000 lei, fără TVA, a fost declarată câștigătoare, însă apreciază acest rezultat este nelegal, pentru motivele arătate în cele ce urmează.

Astfel, potrivit comunicării nr. 99/06.01.2023, oferta SC ... SRL a fost considerată neconformă raportat la dispozițiile art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 și art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016, întrucât nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini cu privire la Sistemul Hidraulic (pompa cu pistoane axiale și debit variabil, sistem hidraulic cu posibilitatea efectuării de mișcări simultane de lucru și performanțe sistem hidraulic la 200 rpm: debit minim 160l/min, presiune maximă de lucru 250 bar), raportat la faptul că în cadrul ofertei tehnice nu se regăsesc informații cu privire la sistemul hidraulic.

Învocând dispozițiile art 215 alin. (5) și art. 137 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea arată că datele/informațiile pe a căror lipsa își întemeiază autoritatea contractantă decizia de respingere ca neconformă a ofertei depusă de SC ... SRL se regăsesc în fișa tehnică a utilajului atașată propunerii tehnice.

Aceasta mai arată că, potrivit art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări ofertanților/candidaților în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente.

Contestatoarea admite că autoritatea contractanta ar putea invoca tot aceste dispoziții legale, apreciind că legea nu-i impune să solicite clarificări, ci îi oferă posibilitatea/dreptul de a solicita clarificări dacă aceasta le consideră necesare derulării procedurii de achiziție publică, însă consideră că această opinie nu poate fi primită în condițiile în care autoritatea contractantă trebuie, de această dată, să respe... dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 49 din Legea nr. 98/2016, în condițiile în care s-au solicitat clarificări doar unui singur ofertant.

Aceasta invocă dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, apreciind că nu a fost asigurat un tratament egal tuturor ofertanților, având în vedere că principiul tratamentului egal și al nediscriminării trebuie analizat atât din perspectiva posibilității operatorilor economici de a depune oferte în condiții egale, cât și din perspectiva atitudinii pe care trebuie să o aibă autoritatea contractantă, cu privire la derularea procedurii de atribuire, obligație ce rezultă din dispozițiile art. 49 din Legea nr. 98/2016 și art. 134 din HG 395/2016.

Așadar, raportat la prevederile mai sus enunțate, petenta consideră că este vorba de obligații ale autorității contractante extrem de clare, obligații care vizează întocmai asigurarea respectării în procedura de achiziție publică a celor două principii, respectiv principiul tratamentului egal și principiul nediscriminării.

În opinia sa, din derularea procedurii de achiziție publică rezultă că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile art. 49 din Legea nr. 98/2016 și art. 134 din HG 395/2016, solicitând clarificări cu privire la

oferta depusă doar ofertantului SC ... -... SRL, ofertant declarat ulterior câștigător al procedurii de achiziție publică.

La punctul 3.2.2. - Evaluarea propunerilor tehnice se menționează, cu privire la analiza informațiilor cuprinse în oferta tehnică depusă de SC ... SRL, că autoritatea contractantă a analizat atât propunerea tehnică depusă de această societate, cât și răspunsul la solicitările de clarificări.

Contestatoarea apreciază că imparțialitatea autorității contractante nu a existat cu privire la derularea procedurii de achiziție publică deoarece, anterior respingerii ca neconformă a ofertei sale, aceasta nu și-a îndeplinit obligația aplicării dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016, nesolicitând clarificări în legătură cu orice neconcordanță sesizată.

Aceasta opinează că, în raport cu scopul procedurilor de achiziție publică, ofertele nu trebuie examinate în mod formal de comisia de evaluare, procedura de achiziție publică fiind reglementată de norme aparținând dreptului public, iar principiului priorității interesului public este evident în această materie.

Cu adresa nr. 289/19.01.2023, înregistrată la Consiliu sub nr. 3221/19.01.2023, autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de SC ... SRL, prin care solicită Consiliului s-o respingă ca neîntemeiată și nefondată.

În ceea ce privește capătul de cerere cu privire la pun...le 1 și 2 din contestație, invocând aceleași prevederi legale ca și contestatoarea, respectiv art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, arată că atâta timp cât în cadrul propunerii tehnice nu s-au regăsit informații cu privire la întregul sistem hidraulic, nu doar o parte a acestuia (pompa cu pistoane axiale și debit variabil, sistem hidraulic cu posibilitatea efectuării de mișcări simultane de lucru și performanțele sistemului hidraulic la 200 rpm, respectiv debit minim 160 l/min, presiune maximă minim 250 bar), astfel cum acestea au fost solicitate prin caietul de sarcini, autoritatea contractantă nu a considerat necesar să solicite clarificări, și astfel consideră că SC ... SRL a oferat un produs neconform, respingându-i oferta ca neconformă, în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, deoarece aceasta „*nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*”, coroborate cu cele ale art. 215 alin.5 din Legea 98/2016 „*Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achizitiei*”.

Cu privire la critica ce vizează faptul că au fost încălcate două din principiile care stau la baza atribuirii contra...lor de achiziție publică, respectiv nediscriminarea și tratamentul egal, pe motiv că autoritatea contractantă a solicitat clarificări unui singur ofertant, aceasta susține că singurele solicitări de clarificări pe care le-a solicitat au fost către contestatoare cu privire la garanția de participare și ofertantului clasat pe primul loc pentru prezentarea documentelor pentru îndeplinirea DUAE.

Având în vedere cele menționate anterior, precizează că nu știe la ce clarificări se referă contestatoarea, și chiar dacă ar fi fost solicitate

anumite clarificări celuilalt ofertant, acestea trebuie privite individual în funcție de natura acestora.

Față de argumentele prezentate, autoritatea contractantă consideră că desemnarea ofertantului câștigător s-a făcut după o temeinică evaluare, cu respectarea prevederilor legislației aplicabile procedurii în cauză, motiv pentru care solicită respingerea contestației formulate de către SC ... SRL ca fiind neîntemeiată și, pe cale de consecință, menținerea rezultatului procedurii și a tuturor a...lor emise în cadrul acesteia.

De asemenea solicită respingerea contestației ca nefondată.

După depunerea contestației, contestatoarea a transmis dovada constituirii cauțiunii, conform art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016, actualizată, în cuantum de ...,00 lei, prin consemnarea la CEC Bank – ... a sumei respective, conform recipisei de consemnare nr. ... din 20.01.2023, suma fiind consemnată la dispoziția Consiliului pentru contestația aferentă procedurii organizată de către Comuna

Cauțiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016.

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

În calitate de autoritate contractantă, COMUNA ... a inițiat procedura de atribuire simplificată a contractului de furnizare având ca obiect „*Achiziție buldoexcavator*”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. .../03.10.2022, împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Valoarea estimată a contractului este de 580.000,00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a fost „*prețul cel mai scăzut*”.

Potrivit raportului procedurii nr. 51/04.01.2022, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, pe motiv că în cadrul propunerii tehnice depuse nu se regăsesc informațiile cu privire la sistemul hidraulic al utilajului, solicitate în caietul de sarcini, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de SC ... SRL.

Împotriva acestei decizii SC ... SRL a formulat prezenta contestație, în care critică motivele de respingere a ofertei sale.

Consiliul reține că, într-adevăr în propunerea tehnică depusă de SC ... SRL nu se regăsesc niciun fel de date cu privire la sistemul hidraulic al utilajului ofertat.

Practica constantă a Consiliului, a instanțelor naționale, precum și a instanțelor comunitare stabilește nevoia de clarificare a ofertelor, în orice situație în care există dubii privind situația de fapt și/sau de drept în care se află acestea, apreciind ca fiind relevante concluziile Tribunalului de Prima Instanță de la Luxemburg în hotărârea din cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva CE:

„56. Aceasta este situația în special atunci când textul unei oferte este redactat în mod ambiguu, iar împrejurările cauzei, despre care autoritatea are cunoștință, arată că este probabil că ambiguitatea să

poată fi explicată în mod simplu și să poată fi ușor îndepărtată. În principiu, într-un astfel de caz, este contrar principiului bune administrări ca această ofertă să fie respinsă de autoritate fără ca aceasta să își exercite posibilitatea de a solicita precizări a i se recunoaște, în asemenea împrejurări, o putere discreționară absolută ar fi contrar principiului egalității de tratament (Hotărârea Tribunalului din 27 septembrie 2002, Tideland Signal/Comisia, T-211/02, pct. 37 și 38).

Totodată, principiul proporționalității impune ca a...le instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, Național Farmers' Union și alții, C- 157/96, pct. 60). Acest principiu impune autorității contractante, atunci când aceasta se confruntă cu o ofertă ambiguă, iar o cerere de precizări cu privire la conținutul ofertei menționate ar putea asigura securitatea juridică în același mod precum respingerea imediată a ofertei în cauză, să solicite precizări candidatului vizat, mai degrabă, decât să opteze pentru respingerea pură și simplă a ofertei acestuia (Hotărârea Tideland Signal/Comisia, pct. 56 de mai sus, pct. 43)".

Consiliul reține și incidența considerentelor pronunțate de CJUE în cauza C-131/16 având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată în temeiul articolului 267 TFUE de Krajowa Izba Odwoławcza (Camera Națională de Recurs, Polonia), prin decizia din 19 februarie 2016, primită de Curte la 1 martie 2016, în procedura Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik împotriva Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S. A., CJUE a arătat, la pct. 39, că: „(...) principiul egalității de tratament al operatorilor economici, enunțat la articolul 10 din Directiva 2004/17, trebuie să fie interpretat în sensul că se opune ca, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziții publice, autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să furnizeze declarațiile sau documentele a căror comunicare era impusă prin caietul de sarcini și care nu au fost comunicate în termenul stabilit pentru depunerea ofertelor. În schimb, acest articol nu se opune ca autoritatea contractantă să îi solicite unui ofertant să clarifice o ofertă sau să îndrepte o eroare materială vădită pe care ar conține aceasta, cu condiția însă ca o asemenea solicitare să fie adresată oricărui ofertant care se află în aceeași situație, ca toți ofertanții să fie tratați în mod egal și loial și ca această clarificare sau această îndreptare să nu poată fi asimilată depunerii unei noi oferte, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere.”

În acest sens, Consiliul reține că în documentația tehnică depusă de SC ... SRL, respectiv la pag. 7 din documentul „2. Fișă tehnică buldoexcavatoare Mecalac – RO – stage- V. pdf” este prezentat sistemul hidraulic al buldoexcavatorului ofertat, respectiv :

„SISTEM HIDRAULIC

*Pompă tandem cu roți dințate cu supapă de evacuare cu
posibilitatea decuplării pompei secundare
Supape de control cu centru închis
Debite ale pompei activate automat sau manual
Power boost pentru corelarea forțelor de săpare și a vitezei în
funcție de activitate*

Contor de măsurare a nivelului de ulei, montat extern

Radiator de ulei detașabil

Filtru de 125 microni pe tur

Filtru de 10 microni pe retur

Debit pompă principală @ 2200 rpm (l/min) 80

Debit pompă secundară @ 2200 rpm (l/min) 62

Presiune maximă reglată (bar) 250

Presiunea de descărcare (bar) 207."

Chiar dacă în fișă de prezentare de mai sus nu se regăsesc toate
cara...risticile sistemului hidraulic solicitate prin caietul de sarcini, este
cert că utilajul dispune de un sistem hidraulic.

În conformitate cu jurisprudența constatantă a CJUE, autoritatea
contractantă trebuia să manifeste o minimă diligență față de ofertant și
să-i solicite clarificări cu privire la modul de îndeplinire a cerințelor privind
sistemul hidraulic, neprezentarea acestora în oferte putând fi cauzată de o
simplă eroare materială.

În acest sens, sunt și prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr.
101/2016: („În cazul în care informațiile sau documentele prezentate de
către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în
care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a
solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după
caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor
sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului
egal și transparenței.”) și art. 135 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016:
[„(1) În condițiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a
solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta
acestuia. (3) 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.”]

În ceea ce privește critica privind neasigurarea unui tratament egal
și nediscriminatoriu ambilor ofertanți, raportat la faptul că autoritatea
contractantă nu a solicitat clarificări decât unui singur ofertant, respectiv
SC SRL, Consiliul o va respinge, nefiind nicio dispoziție legală,
potrivit căreia numărul de clarificări transmise ofertanților să fie aceleași.

Mai mult, Consiliul constată că, pe parcursul evaluării DUAE,
propunerilor tehnice și financiare, autoritatea contractantă nu a solicitat
vreo clarificare ofertantului SC SRL, singura clarificare fiind

solicitată acestui ofertant în etapa de evaluare a documentelor suport DUAE.

Dacă ar fi să aplicăm această teorie a contestatoarei în speța de față, ar însemna că nu-i pot fi solicitate clarificări nici acesteia cu privire la propunerea tehnică, întrucât nu au fost solicitate astfel de clarificări și SC SRL.

Clarificările se solicită atunci când un aspect din ofertă este prezentat neclar, principiul tratamentului egal însemnând în acest caz, că pentru situații similare se solicită clarificări tuturor ofertanților aflați în aceeași situație.

Pentru toate aceste motive, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu COMUNA ..., va anula raportul procedurii nr. 51/04.01.2022 cu privire la evaluarea propunerii tehnice depusă de SC SRL și va dispune reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele de mai sus, în termen de 15 zile de la primirea deciziei.

În ceea ce privește solicitarea de plată a cheltuielilor de judecată, Consiliul o va respinge, ca nedovedită, la dosarul cauzei nefiind depus vreun document privind reprezentarea/asistența unui avocat și nicio factură/ chitanță privind plata onorariului avocațial sau a oricăror alte cheltuieli cu soluționarea acestei contestații.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația depusă de SC SRL în contradictoriu cu COMUNA ..., anulează raportul procedurii nr. 51/04.01.2022 cu privire la evaluarea propunerii tehnice depusă de SC SRL, precum și a...le subsecvente și dispune reevaluarea acesteia în conformitate cu considerentele de prezentei decizii, în termen de 15 zile de la primire.

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

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

Redactată în 4 exemplare, conține 8 (opt) pagini.