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. 5188/01.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 31746/01.08.2017, formulată de ..., cu sediul în ..., având Codul Unic de Înregistrare ... și înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului nr. ..., având adresa pentru comunicarea actelor de procedură în ..., reprezentată legal prin ..., împotriva adresei nr. 3460 din 20.07.2017, emisă în cadrul procedurii simplificate – într-o singură etapă, online, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect *„Extindere sistem alimentare cu apă ... și extinderea sistemului de colectare, transport și epurare ape uzate menajere în ...”*, cod CPV 45231300-8 – Lucrări de construcții de conducte de apă și de canalizare a apelor reziduale la mare distanță (Rev.2), organizată de ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în …, s-a solicitat constatarea nesustenabilității motivului de respingere invocat de autoritatea contractantă prin raportare la propunerea tehnică ofertată, anularea raportului intermediar, procesului verbal de evaluare al procedurii de atribuire și a comunicării intermediare privind rezultatul procedurii de atribuire în ceea ce privește propunerea tehnică și reluarea evaluării ofertei de la etapa de evaluare a conformității propunerii tehnice.

Prin contestaţia nr. 271/31.07.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 31923/02.08.2017, depusă de către ..., cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerţului sub nr. ..., având Cod Unic de Înregistrare ..., atribut fiscal RO, reprezentată legal prin ..., împotriva adresei nr. 2459/20.07.2017, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiaşi proceduri, s-a solicitat anularea adresei nr. 3459/20.07.2017 și a celorlalte acte subsecvente acesteia, precum și reevaluarea ofertei tehnice.

În temeiul art. 17 alin. (2) 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, cele două contestaţii au fost conexate.

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

Consiliul a fost sesizat să soluţioneze contestaţia nr. 5188/01.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 31746/01.08.2017, prin care ofertantul ... contestă adresa nr. 3460 din 20.07.2017, solicitând cele menţionate în partea introductivă a deciziei.

Autoarea contestației critică decizia autorității contractante sub aspectul respingerii ofertei sale, ca fiind inacceptabilă şi neconformă astfel cum a fost comunicată prin adresa nr. 3460/20.07.2017.

Autoarea contestaţiei menţionează că, prin notificare a ataşat un tabel comparativ indicând din cadrul propunerii tehnice poziţiile la care se regăseau fiecare dintre materialele vizate în comunicarea deciziei de respingere.

De asemenea, s-a menţionat că în extrasul de resurse din propunerea tehnică s-au regăsit toate materialele „pretins a fi omise” de către autoritatea contractantă.

Această constatare constatare a fost făcută şi de autoritatea contractantă în răspunsul la notificare, însă nu s-a dispus nicio măsură de remediere pe considerentul că, deşi se ajungea la concluzia că propunerea tehnică nu putea fi considerată a fi neconformă în condiţiile în care materialele în discuţie se regăseau în ofertă, totuşi răspunsul la clarificare comunicat a fost considerat unul neconcludent, iar în cadrul notificării a fost considerat că ar fi fost modificat.

Contestatorul susţine că în cadrul răspunsului a informat comisia de evaluare că software-ul ... nu a generat aceleaşi poziţii în tabelul cu extrasele de resurse materiale şi a confirmat că va executa întocmai lucrările solicitate prin caietul de sarcini, toate acestea în contextul în care într-un interval de timp scurt a fost solicitată o clarificare care a insumat aproximativ 80 de pagini de răspunsuri.

Prin răspunsul conform adresei nr. 2261/05.04.2017, societatea contestatoare a menţionat că necorelarea dintre lista de materiale întocmită de proiectant şi lista pusă la dispoziţie în cadrul propunerii tehnice a fost generată de aplicaţia ..., însă îşi asuma să execute lucrările întocmai cum s-a solicitat prin caietul de sarcini.

Astfel, contestatorul a confirmat că indiferent de modul de afişare a informaţiilor marginale privind extrasul de resurse de materiale ce se generează pe baza articolelor cu cantităţile de lucrări, va executa lucrările viitorului contract.

În opinia contestatorului răspunsul putea fi apreciat ca fiind cel mult unul neutru şi nu unul neconcludent.

De asemenea, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a omis să ia în considerare o serie de informaţii existente în propunerea tehnică, precum şi prezentarea informaţiilor ca urmare a analizei propunerii tehnice, dar şi a răspunsului la clarificări.

Societatea contestatoare a respectat întocmai caietul de sarcini şi a ofertat corect toate articolele de deviz şi cantităţile de lucrări aferente acestora, aşa cum au fost acestea descrise în caietul de sarcini, fiind lipsită de relevanţă afirmaţia că s-ar deduce că nu ar fi respectat un extras de resurse de materiale regăsit în caietul de sarcini sau că răspunsul ar fi unul neconcludent, mai ales în condiţiile în care respectivele consumuri de resurse de materiale au fost orientative şi au la bază propriile metodologii de execuţie ale fiecărui ofertant în parte.

Astfel, în condiţiile în care în caietul de sarcini nu s-au regăsit şi reţetele fiecărui articol în parte, autoritatea contractantă nu putea pretinde că societatea contestatoare ar fi avut obligaţia de a respecta întocmai consumurile aferente extraselor de resurse.

Contestatorul susţine că programul de devize generează exact aceleaşi resurse doar în situaţia în care un ofertant ar fi primit informaţia cu privire la reţetele ce vor fi utilizate, ceea ce nu a fost cazul, întrucât autoritatea contractantă nu a publicat în S.E.A.P. astfel de informaţii.

Un ofertant ar fi putut prezenta exact aceleaşi extrase de resurse în forma dată de autoritatea contractantă doar în situaţia în care proiectantul lucrării ar fi întocmit oferta utilizând acelaşi calculator, acelaşi program, aceleaşi reţete şi aceleaşi norme de deviz.

Excluderea unui ofertant pe motiv că extrasele de resurse nu au fost identice cu ale proiectantului în sensul că oferta ... a generat propriile liste de resurse care sunt centralizate diferit şi au alt sistem de codificare, poate urmări fraudarea procedurii de atribuire.

Noţiunea de neconformitate a propunerii tehnice nu poate fi înţeleasă şi reţinută altfel decât în contextul caietului de sarcini, în sensul că poate fi neconformă numai acea ofertă care prezenta o abatere semnificativă de la specificaţiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini.

În acelaşi sens, noţiunea de răspuns neconcludent este strâns legată de obiectul propunerii tehnice în privinţa căruia s-a solicitat clarificarea fără a se putea aprecia că un răspuns este neconcludent doar în mod abstract şi complet scos din contextul propunerii tehnice dar şi al răspunsului de clarificare în ansamblul acestuia.

În concluzie, nu se poate susţine că răspunsul societăţii contestatoare ar fi neconcludent din moment ce comisia de evaluare nu a verificat dacă împrejurarea de fapt invocată ca temei al respingerii ofertei a fost una reală şi dacă se confirma că ar fi omis din cadrul ofertei anumite materiale de construcţii, răspunsul fiind negativ.

Contestatorul îşi întemeiază contestaţia pe Legea nr. 98/2016, H.G nr. 395/2016, Legea nr. 101/2006 şi depune în susţinere înscrisuri.

Prin contestaţia nr. 271/31.07.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 31923/02.08.2017, formulată de ..., ofertant în cadrul aceleiaşi proceduri, s-a solicitat cele menţionate în preambulul prezentei decizii.

Autoarea contestației critică decizia autorității contractante sub aspectul respingerii ofertei sale, ca fiind inacceptabilă şi neconformă conform art. 134 alin. (5) şi art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Prin adresa nr. 1524/30.03.2017 autoritatea contractantă a solicitat clarificări faţă de termenul de garanţie acordat lucrărilor. Prin adresa nr. 107/05.04.2017, contestatorul a înaintat răspunsul formulat precum şi o declaraţie pe proprie răspundere din partea administratorului ofertantului prin care clarifica solicitarea autorităţii contractante şi anume acordarea unui termen de garanţie a lucrărilor de 36 luni. În cadrul adresei ofertantului s-a precizat că termenul menţionat în ofertă (12 luni) a fost greşit notat, fiind o eroare de tehnoredactare, contestatorul asumandu-şi o perioadă de garanţie de 36 luni calendaristice, în conformitate cu legislaţia în vigoare.

Autoritatea contractantă a menţionat că nu se va accepta eroarea de tehnoredactate în ceea ce priveşte termenul de garanţie, motivând că eroarea nu se încadra în prevederile art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016 întrucât ea nu a fost susţinută de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente intial sau a căror corectare, completare avea rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi. Contestatorul precizează că modelul de contract nu prevedea termenul de garanţie, iar simpla lui însuşire nu înseamnă respectarea cerinţei, deoarece din însuşirea modelului de contract rezultă în mod clar şi neechivoc faptul că va respecta şi asuma toate condiţiile impuse de către autoritatea contractantă în documentaţia de atribuire şi care includea şi termenul de garanţie acordat lucrărilor.

Contestatorul consideră că în mod eronat, autoritatea contractantă a considerat că nu avea dreptul de a clarifica termenul de garanţie acordat lucrării ce face obiectul prezentei proceduri prin prezentarea unei declaraţii care conţinea termenul de garanţie corect şi în conformitate cu prevederile legislative, respectiv Legea nr. 10/1995 potrivit căreia perioada de garanţie acordată a lucrărilor este de 36 luni, în condiţiile în care prin solicitarea de clarificări nr. 1524/30.03:2017 i s-a acordat posibilitatea clarificării.

Având în vedere că această eroare a fost de ordin formal şi putea fi încadrată în sensul art. 134 alin. (7) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 privind viciile de formă şi raportat la art. 135 alin. (3) din H.G. nr. 395/2016, fiind susţinută în mod neechivoc de declaraţia pe proprie răspundere înaintată şi însuşirea modelului de contract încărcat în SEAP, prin care societatea contestatoare îşi asuma perioada de garanţie de 36 luni calendaristice, sub sancţiunea falsului în declaraţii, aceasta consideră nelegală respingerea ofertei. Prin adresa nr. 6076/28.11.2016 se clarifică faptul că „informaţiile referitoare la perioada de garanţie, penalizări, modul de returnare a

garanţiilor se regăsesc în propunerea de contract ataşată în SEAP". Astfel, prin asumarea clauzelor contractuale, în mod direct se subînţelegea şi acceptarea unei perioade de garanţii de 36 de luni calendaristice.

Cu privire la afirmaţia autorităţii contractante „în urma analizării răspunsului se constată nerespectarea adresei autoritaţii contractante nr. 6134/29.11.2016 - Răspuns solicitarea de clarificări nr. 11: în documentaţia de atribuire nu au fost specificate limite maxime sau minime pentru termenul de garanţie acordat lucrărilor executate. Aceste termene vor respecta prevederile legale în vigoare", contestatorul consideră că au fost aplicabile dispoziţiile art. 134 alin. (7) lit. a) din H.G. nr. 395/2016 privind viciile de formă, susţinute fiind de însuşirea modelului de contract. Oferta care nu satisface cerinţele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, iar comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele neconforme.

Contestatorul consideră că, în mod eronat, autoritatea contractantă a făcut aplicarea art. 137, alin. 3, lit. a) în ceea ce priveşte oferta sa, motivat de faptul că oferta sa îndeplinea condiţiile minune solicitate prin documentaţia de atribuire.

Societatea contestatoare apreciază că în cauză comisia de evaluare nu şi-a îndeplinit obligaţiile prevăzute în art. 133 din H.G. nr. 395/2016, de a analiza şi de a verifica fiecare ofertă din punct de vedere al elementelor tehnice propuse cât şi din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică.

Contestatorul îşi întemeiază contestaţia pe Legea nr. 98/2016, H.G nr. 395/2016, Legea nr. 101/2006 şi depune în susţinere înscrisuri.

Prin adresa nr. 3745/04.08.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 32445/04.08.2017, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestaţii, solicitând respingerea ca nefondate.

Referitor la contestaţia nr. 5188/01.08.2017 depusă de către ..., autoritatea contractantă precizează următoarele aspecte:

... a răspuns în mod tardiv la solicitarea de clarificări, iar prin notificarea prealabilă din 25.07.2017 contestatorul şi-a modificat răspunsul din 05.04.2017, încălcând astfel principiul asumării răspunderii ce trebuie respectat nu doar de membrii comisiei de evaluare, ci şi de ofertantul participant la procedură, ofertant care, pentru dovedirea conformităţii ofertei sale, avea obligaţia să răspundă clar şi explicit la solicitările comisiei de evaluare.

Prin aplicarea principiului tratamentului egal, termenul de răspuns la solicitările de clarificări a fost acelaşi pentru toţi ofertanţii care aveau obligaţia de a răspunde în termen de patru zile lucratoare, respectiv până la data de 05.04.2017, inclusiv.

În ceea ce priveşte lipsa de materiale din Formularul C6, contestatorul trebuia să dea curs solicitării autorităţii contractante, respectiv să precizeze la ce poziţie se află fiecare material în parte constatat ca şi lipsă în cadrul solicitării de clarificări nr. 1525/30.03.2017 sau putea să conteste clarificarea respectivă. Din moment ce nu a

contestat-o, trebuia să răspundă acestei clarificări formale sau de confirmare.

Motivul pentru care autoritatea contractantă a solicitat clarificarea respectivă a fost tocmai pentru că a constatat lipsa anumitor materiale din cadrul Formularelor C6. Cum ofertantul era cel interesat în dovedirea conformităţii ofertei sale, acesta trebuia să răspundă solicitării de clarificări într-un mod clar, explicit, respectiv astfel cum a răspuns în notificarea prealabilă.

În concluzie, dacă ar fi ţinut cont de faptul că acele materiale ar fi putut să existe în oferta depusă de contestator, răspunsul ar fi fost considerat tardiv, întrucât informaţiile solicitate de către comisia de evaluare nu au fost prezentate atunci când i s-au solicitat, respectiv, în data de 30.03.2017 prin adresa nr. 1525, ci abia după ce a primit comunicarea intermediară privind rezultatul etapei „Evaluare Propunere tehnică" în data de 20.07.2017 prin adresa nr. 3460.

Prin notificarea prealabilă din data de 26.07.2017 contestatorul nu şi-a asumat răspunderea pentru cele precizate în răspunsul la solicitarea de clarificări din data de 05.04.2017 respectiv *„Aplicaţia ... nu a generat aceste consumuri de resurse materiale"*. Autoritatea contractantă menţionează că intră în obligaţia constructorului să execute lucrările întocmai cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, fiindcă ulterior răspunsului dat (după comunicare) a constatat ca aplicaţia ... a generat în fapt acele consumuri.

Răspunsul contestatorului a fost considerat neconcludent întrucât din afirmaţia *„Aplicaţia ... nu a generat aceste consumuri de resurse materiale"* s-a subînţeles că materialele constatate ca lipsă nu au fost ofertate de către contestator.

Referitor la contestaţia nr. 271/31.07.2017 depusă de către ..., autoritatea contractantă invocă tardivitatea contestaţiei întrucât a primit contestația prin fax, în data de 02.08.2017, iar răspunsul la notificarea prealabilă a fost postat în SEAP în data de 27.07.2017, nerespectându-se termenul de 5 zile prevăzut de legiuitor.

Pe fondul cauzei, autoritatea contractantă menţionează că în cadrul propunerii tehnice nu a existat niciun alt document din care să reiasă faptul că va acorda o garanţie de 36 de luni în conformitate cu cerinţele documentaţiei de atribuire şi, în consecinţă, cerinţa nu a putut fi considerată îndeplinită prin declaraţia dată în răspunsul la clarificări.

Urmare celor antemenţionate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestaţiilor formulate de ... şi ...

Prin adresa nr. 5373/09.08.2017 înregistrată la Consiliu sub nr. 33070/09.08.2017, ... a transmis „concluzii scrise" față de punctul de vedere al autorității contractante nr. 3745/04.08.2017, solicitând admiterea contestaţiei astfel cum a fost formulată.

Contestatorul susține că singura necorelare care se putea reține era aceea referitoare la poziția din lista extrasului de materiale la care se regăseau o serie de materiale de construcții, având ca justificare modul

particular de generare a acestor extrase de către aplicația ... în raport cu aplicația Doclib utilizată de proiectant.

De asemenea, contestatorul precizează că ofertantul a avut libertatea de a-și prevedea propriile metodologii de execuție a lucrărilor și/sau consumuri de resurse materiale, cu consecința că răspunsul la solicitarea de clarificare, indiferent care ar fi fost aceea nu putea conduce la o situație de respingere a ofertei.

Prin adresa nr. ..., Consiliul a invitat contestatorul să consulte documentele aflate în dosarele cauzei nr. ..., adresă la care, până la emiterea prezentei decizii contestatorul nu a depus concluzii scrise.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a iniţiat procedura simplificată – într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziţie publică de lucrări având ca obiect „*Extindere sistem alimentare cu apă ... și extinderea sistemului de colectare, transport și epurare ape uzate menajere în ...*”, sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare nr. ...

Valoarea estimată a contractului este de 6.932.980,23 RON, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Referitor la contestaţia nr. 271/31.07.2017 depusă de către ..., Consiliul constată următoarele:

Potrivit dispozițiilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, *Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei*.

Prin urmare, potrivit rolului activ al Consiliului, acesta trebuie să verifice dacă a fost legal învestit cu soluţionarea contestaţiei formulate, sens în care trebuie să analizeze înainte de toate excepţiile – de procedură şi de fond – care fac inutilă cercetarea pe fond a contestaţiei.

Faţă de cele de mai sus, Consiliul apreciază că nerespectarea termenului legal şi imperativ de depunere a unei contestaţii determină, ca efect al decăderii, pierderea dreptului nevalorificat în termenul prevăzut de lege; prin constatarea decăderii dispare cadrul procesual pentru realizarea controlului legalităţii derulării procedurii de achiziţie, astfel încât admiterea acestei excepţii exclude analizarea celorlalte aspecte invocate; excepţiile absolute (ce privesc încălcarea unor norme cu caracter imperativ) pot fi invocate de oricare dintre părţi sau de Consiliu din oficiu în orice moment al soluţionării contestaţiei.

Potrivit dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în*

parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de:

(...);

b) 5 zile, începând cu ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii.

(...)

(10) Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă.

Consiliul constată că ... a notificat autoritatea contractantă în data de 25.07.2017, iar autoritatea contractantă formulând răspuns prin SEAP în data de 27.07.2017, conform documentelor existente la dosarul cauzei.

Potrivit prevederilor art. 8 alin. (1) şi alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, intrată în vigoare la data de 26.05.2016:

”Art. 8. - (1) Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum şi oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de:

(...);

b) 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz.

(2) Termenul de contestare prevăzut la alin. (1) se calculează după cum urmează:

a) ***începând cu ziua următoare luării la cunoştinţă a răspunsului autorităţii contractante în sensul că nu urmează să revoce actele emise sau să adopte măsuri de remediere;***

b) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (4), când autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns;

c) începând cu ziua următoare împlinirii termenului prevăzut la art. 6 alin. (5), când autoritatea contractantă a transmis un răspuns în sensul că urmează să adopte măsuri de remediere.

Totodată, potrivit art. 16 alin. (1) din lege, *„sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenului legal de contestare”*.

Luând în considerare data de **02.08.2017**, data transmiterii contestaţiei la Consiliu și ţinând cont de data răspunsului la notificarea prealabillă **(27.07.2017),** având în vedere valoarea estimată a contractului de lucrări (art. 7 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice) şi calculând termenul legal în care ... putea înainta contestaţia, având în vedere dispoziţiile art. 8 alin. (1) şi alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016 (antemenționate), se constată că, în speţă, contestaţia a fost transmisă, la Consiliu și autoritatea contractantă, în afara termenului legal prevăzut de legislaţia în vigoare, ultima zi fiind data de **01.08.2017,** şi nu **02.08.2017,** data la care ... a transmis contestaţia respectivă.

Aşadar, în speţa de faţă, prin transmiterea contestaţiei, către Consiliu în data de 02.08.2017, prin raportare la data de la care curge termenul de contestare (27.07.2017), termen calculat anterior, se constată că ... nu a respectat termenul de depunere a contestației de 5 zile prevăzut de legiuitor sub sancţiunea respingerii contestaţiei ca fiind tardiv introdusă.

Consiliul nu poate lua în considerare un alt termen de depunere a contestaţiei care să înceapă să curgă de la altă dată, având în vedere faptul că legiuitorul nu a reglementat în cadrul actului normativ în domeniu, în vigoare, nici o excepţie de la modalitatea de calcul a acestui termen, iar unde legea nu distinge, nici interpretul (contestatorul şi/sau autoritatea contractantă) nu trebuie să distingă potrivit principiului de drept *„ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*.

Consiliul consideră că acest termen, fiind un termen legal, potrivit prevederilor art. 8 din Legea nr. 101/2006, nimeni nu se poate prevala de necunoaşterea legii potrivit principiului de drept *„nemo censetur ignorare legem”*.

În acest sens, Consiliul reţine că, potrivit acestui temei legal, persoana vătămată poate sesiza Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor *în vederea anulării actului autorităţii contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum şi pentru recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de 5 zile, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziţie publică, achiziţie sectorială sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunţurilor de participare, potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice, legislaţiei privind achiziţiile sectoriale sau legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii, după caz.*

Prin urmare, termenul de 5 zile de contestare a comunicării rezultatului procedurii, se împlineşte în data de 01.08.2017, astfel că

transmiterea contestaţiei către C.N.S.C. la data de 02.08.2017 este în afara termenului legal, având în vedere dispoziţiile legale antemenționate.

În mod similar, ... a transmis contestația la autoritatea contractantă în data de 02.08.2017, asfel cum rezultă din raportul de transmise fax, aflat în copie la dosarul cauzei.

Faţă de considerentele anterior expuse, având în vedere dispoziţiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2006, potrivit cărora *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, precum și ale art. 26 alin. (6) din acelaşi act normativ, contestaţia introdusă de ... este tardiv formulată.

Fără pronunţare asupra fondului contestaţiei.

Trecând la soluționarea contestației formulată de ..., pe fondul cauzei, Consiliul ia act că rezultatul evaluării tehnice a fost comunicat ofertantului, cu actul nr. 3460. ... s-a plâns autorității de nelegalitatea acestuia, prin Notificarea prealabilă nr. 2383/19.07.2017, la care autoritatea contractantă a răspuns motivând în sensul că nu urmează să adopte măsuri de remediere, menținând rezultatul procedurii transmis anterior. Primind acest răspuns ... a reacționat prin formularea contestației supusă analizei.

Analizând criticile formulate de autoarea contestației, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care autoritatea contractată a analizat și evaluat oferta depusă de ... Astfel sunt avute în vedere aspecte legate de faptul că autoritatea contractantă a respins oferta depusă de societatea contestatoare, motivat de faptul că *în extrasele de resurse materiale lipsesc anumite materiale.*

Din examinarea dosarului cauzei, se are în vedere că autoritatea contractantă a manifestat un rol activ şi a abordat o atitudine deschisă, solicitând ofertantului o serie de clarificări.

Astfel, cu actul nr. 1525/30.03.20157, a formulat vizavi de anumite materiale din formularul C6 întrebări, de genul: *”se constată că lipsesc materialele de la poziția 284 până la poziția 292 din documentația tehnico-economică”.*

Astfel, autoritatea contractanta a retinut 9 motive de respingere, în fapt un singur motiv care este identic în cele noua cazuri, vizavi de extrasele de resurse materiale generate de aplicaţia ... folosită de ... pentru întocmirea ofertei, ori de cate ori din analiza corespondenței dintre extrasele de resurse generate de devizele întocmite de proiectant și extrasele de resurse întocmite de societatea contestatoare au rezultat unele diferențe.

... a transmis răspuns cu actul nr. 2261/05.04.2017 menționând următoarele:

"Avand in vedere multitudinea de aspecte solicitate a fi clarificate, înţelegem sa abordam sub forma tabelara răspunsurile pentru fiecare din întrebările comisiei de evaluare, cu precizarea ca, in conformitate cu dispoziţiile art. 140 alin. (6) si urmatoarele din H.G. nr. 395/2016 pentru fiecare din clarificările de mai jos, legiuitorul dispune ca oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă;

sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore. iar o eventuală modificare a preţului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte, respectiv o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei iniţiale în următoarele situaţii:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depăşeşte 1% din preţul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligaţii ale entităţii contractante în raport cu anumite preguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri'omisiuni se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanţilor;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparaţie cu oferta iniţială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentaţia de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanţii să se abată de la cerinţele exacte ale respectivei documentaţii, iar oferta iniţială nu a fost în conformitate cu aceste cerinţe.

Aceste cerinţe fiind respectate intocmai si in cazul de fata, va rugam sa luaţi in considerare urmatoarele răspunsuri:

(...)

„ Dupa cum v-am informat anterior, subscrisa ne aflam in situatia de a fi întocmit oferta prin utilizarea aplicaţiei ... avand la baza indicatoarele norme de deviz seria 1999, la nivelul documentaţiei de atribuire neexistand nicio restrictie in acest sens.

Diferentele nesemnificative (atat cantitativ, dar mai ales valoric) pe care le-ati sesizat in privinţa unor materiale sunt generate de aplicaţia informatica in contextul in care software-ul folosit de proiectant (DocLib) este posibil sa utilizeze alte indicatoare de deviz sau retete modificate pentru unele din articole.

Astfel de diferente apar inclusiv in situatia in care se foloseste aceeaşi aplicaţie, dar cu indicatoare de norme de deviz diferite, cum ar fi seria 1991.

De asemenea, modul in care se insumeaza extrasele de resurse de la mai multe articole este propriu fiecărei aplicaţii in parte.

Pe de alta parte, va rugam sa aveţi in vedere ca in cadrul caietului de sarcini nu s-au regăsit retete pentru articolele de lucrări, care sa permită verificarea consumurilor de resurse pentru fiecare articol in parte, iar pe de alta parte o necorelare nesemnificativa la nivel de extrase de resurse avand ca justificare cele mai sus mentionate nu poate fi considerata a fi o neconformitate tehnica.

In masura in care veti fi considera necesar, vom proceda la investigarea diferentelor in plus sau in minus cu privire la aceste cantitati, exemplificativ informandu-va ca diferenţa in plus la aceasta cantitate apare de la poziţia 297 (71008007) = 1539,2 kg, respectiv 19,7 + 1539,2 = 1558,27.

(...)

Aplicaţia ... a generat aceste consumuri de resurse materiale. Pe de alta parte intra in obligaţia constructorului sa execute lucrările întocmai cum s-a solicitat prin Caietul de sarcini".

Cu ocazia formulării notificării prealabile, autoarea contestației a explicat autorității contractante următoarele:

"1. Desi subscrisa v-am informai ca in privinţa fiecaruia dintre aspectele sesizate de comisia de evaluare sunt direct aplicabile dispoziţiile legale referitoare la incidenţa unor abateri tehnice minore, comisia de evaluare nu a demonstrat contrariul acestei situatii cu consecinţa ca decizia de respingere a ofertei intra in contradicţie cu dispoziţiile art. 140 alin. (7) din H.G. nr. 395/2016.

Cu alte cuvinte, odata ce subscrisa am invocat incidenţa unei abateri tehnice minore care nu reprezintă mai mult de 1% din preţul ofertei, comisia de evaluare avea obligaţia legala fie de a accepta aceasta stare de fapt fíe de a demonstra ca susţinerea noastra nu este corecta si de a argumenta contrariul. Or o astfel de demonstraţie lipseşte din comunicarea deciziei de respingere.

2. Subscrisa am respectat intocmai caietul de sarcini si am ofertat corect toate articolele de deviz si cantitatile de lucrări aferente acestora, asa cum au fost acestea descrise in caietul de sarcini, astfel incat este incorect sa afirmaţi ca s-ar deduce ca nu am fi respectat un extras de resurse de materiale regăsit in caietul de sarcini.

In condiţiile in care in caietul de sarcini nu s-au regăsit si retetele fiecărui articol in parte si avand in vedere imprejurarea ca, consumurile de resurse sunt cele proprii fiecărui ofertant in parte, pe baza propriilor metodologii si tehnologii de execuţie, nu puteti pretinde ca am fi avut obligaţia de respecta intocmai chiar si consumurile aferente extraselor de resurse.

Extrasele de resurse sunt diferite pentru ca tehnologia de lucru, echipamentele utilizate, calificarea muncitorilor dar si modul in care programul de devize genereaza aceste extrase nu poate fi unitar.

Programul va genera exact aceleaşi resurse doar in situatia in care ofertatii ar fi primit public informaţia cu privire Ia retete ce vor fi utilizate, ceea ce nu a fost cazul.

Mai mult, in cazul acestei proceduri de atribuire, se presupune ca ofertanţii sau doar o parte dintre aceştia au folosit softuri de calcul de devize diferite fata de softul proiectantului, fiecare dintre aceste programe generând resurse a căror centralizare se face diferit.

Pentru claritatea exprimării, un ofertant ar fi putut prezenta exact aceleaşi extrase de resurse in forma data de autoritatea contractanta doar in situatia in care proiectantul lucrării ar fi întocmit oferta utilizând aceiaşi statie de lucru, acelaşi program, aceleaşi retete si aceleaşi norme de deviz. Inutil sa subliniem ca daca va aflaţi intr-o astfel de situatie, se incaica orice principiu sau aspect de legalitate.

Pentru claritatea exprimării, un ofertant ar fi putut prezenta exact aceleaşi extrase de resurse in forma data de autoritatea contractanta doar in situatia in care proiectantul lucrării ar fi întocmit oferta utilizând aceiaşi statie de lucru, acelaşi program, aceleaşi retete si aceleaşi norme de deviz. Inutil sa subliniem ca daca va aflaţi intr-o astfel de situatie, se incaica orice principiu sau aspect de legalitate.

Daca ofertanţii ar fi trebuit sa faca dovada ca pot produce sarmale din carne de vita, fara a primi o reteta unica, este lesne de inteles ca fiecare ofertant ar fi prezentat cantitati diferite de piper, sare, ceapa si chiar combustibil diferit, in funcţie de tehnologie (gaz, electricitate, cuptor cu lemne) dar si cratita care poate fi de lut, de fonta, sticla termorezistenta.

Excluderea unui ofertant pentru ca extrasele de resurse nu sunt identice cu ale proiectantului autoritarii contractante capata sub acest aspect un caracter de cerinţa excesiva si/sau un motiv de excludere fara temei tehnic sau legal intrucat se pune intrebarea ce anume nu am ofertat?

Răspunsul poate fi unul singur. Nu am ofertat aceleaşi retete cu cele ale proiectantului pentru simplul motiv ca autoritatea contractanta nu ne-a pus la dispoziţie aceste retete.

Folosind alte retete decât cele utilizate de Proiectant, (retete care tin cont de tehnologia proprie a subscrisei, de tipurile de echipamente si utilaje detinute) oferta ... a generat propriile liste de resurse care totuşi nu diferă substantial si sunt centralizate diferit, avand alt sistem de codificare, asa cum vom proba in continuare. (a se citi Anexa 1 privind corespondenta resurselor subscrisei Ia resursele centralizate de Proiectant)

în concluzie, noţiunea de neconformitate a propunerii tehnice nu poate fi inteleasa si retinuta altfel decât in contextul caietului de sarcini, in sensul ca poate fi neconforma numai acea oferta care prezintă o abatere semnificativa de la specificaţiile tehnice solicitate prin caietul de sarcini.

Or din comunicarea Dvs. nu rezulta ce anume nu am fi respectat din caietul de sarcini, cu atat mai mult cu cat la finalul fiecaruia dintre răspunsurile pe care le-ati vizat in detalierea motivelor de respingere, v-am informat ca indiferent de extrasele de resurse aferente cantitatilor de lucrări, subscrisa ne angajam sa executam toate lucrările solicitate prin caietul de sarcini.

3. Referitor la ipoteza ca răspunsurile de clarificare ar fi unele neconcludente, de asemenea va aflaţi intr-o grava eroare de inteipretare, mai ales in situatia in care graba Dvs de a ne respinge oferta va fi coroborata interesului de a fi declarat admisibila oferta unui dintre concurenţii noştri pe considerentul ca s-ar fi prezentat extrase de resurse identice.

Este perfect justificabil, trasabil si verificabil ca un anumit software de calcul sa genereze extrasele de resurse dupa proprii algoritmi de lucru, cu precizarea ca, comisia de evaluare s-a aflat in situatia de a fi de acord cu aceasta premisa in cadrul analizei răspunsurilor la intrebarile referitoare la personalul de specialitate si dotarea tehnica.

Revenind, in cadrul răspunsului nu am făcut altceva sa va informam ca software-ul Windew nu a generat aceleaşi poziţii in tabelul cu extrasele de resurse materiale si sa va confirmam ca vom executa întocmai lucrările solicitate prin caietul de sarcini, toate acestea in

contextul in care intr-un interval de timp extrem de scurt ne-ati solicitat o clarificare care a însumat aprox. 80 de pagini de răspunsuri.

In primul rand, trebuie sa remarcam ca omiteti sa ne informaţi de ce răspunsul nostru a fost neconcludent.

(...)

Răspunsul acestor intrebari nu poate fi decât cel de DA in condiţiile in care comisia de evaluare avea obligaţia sa constate si sa retine ca, spre exemplu, materialele de la poziţia 284 pana la poziţia 292 (extindere sistem de alimentare cu apa), se regăsesc la poziţiile 27 (transgel), 30 (bitum), 205, 206 (grund), 34-41 (material lemnos diverse), 198 - 200 (electrozi), 201 (oxigen tehnic), 212 (benzina) si 218 (apa pentru betoane si mortare), etc.

Fara a relua integral corespondenta acestor materiale, va rugam sa regăsiţi in anexa centralizatoarele comparative intre extrasele de resurse ale autoritatii contractante si cele ale subscrisei pentru toate situatiile notificate in Adresa nr. 3460/20.07.2017, avand astfel confirmarea erorii in care va aflaţi atunci cand susţineţi ca nu am fi ofertat materialele in discuţie.

In afara unor mici necorelari generate de împrejurarea ca avem pentru o poziţie benzina in loc de motorina cu justificarea ca generatoarele noastre sunt pe benzina, dulap de fag pentru sprijiniri in loc de rigle, etc.), veti constata ca extrasele de resurse materiale ale subscrisei conţin toate materialele necesare executării activitatilor proiectului dumneavoastra, aşezate intr-o alta ordine, astfel incat opinam ca decizia de respingere a ofertei noastre este una complet nesustenabila".

A atașat notificării formulate un tabel în care autoarea contestației a exemplificat în mod tabelar, corespondența dintre denumirile și pozițiile resurselor materiale din cadrul formularului C6 pus la dispoziție de autoritatea contractantă și formularul C6 din propunerea tehnică depusă de ...

Raționamentul conturat de autoritatea contractantă, în favoarea argumentelor potrivit cărora răspunsul furnizat de ... este neconcludent, astfel sancțiunea aplicată este respingere ofertei depuse, nu este judicios în cauză și nu va fi reținut de Consiliu în soluționare din considerentele prezentate în continuare.

Argumentul decisiv adus de autoritatea contractantă care stat la baza respingerii ofertei depuse de ... este acela al neconcludenței răspunsului transmis la solicitarea de clarificări anterior amintită.

Autoritatea contractantă menționează că solicitarea de clarificare adresată a izvorât din faptul că a constatat *"lipsa anumitor materiale din cadrul Formularelor C6"* .

În favoarea faptului că răspunsul transmis este neconcludent, autoritatea contractantă menționează că *ofertantul era cel interesat în dovedirea conformităţii ofertei sale, acesta trebuia să răspundă solicitării de clarificări intr-un mod clar, explicit, respectiv astfel cum a răspuns in notificarea prealabilă.*

Așadar, autoritatea contractantă ia în considerare faptul că materialele ar putea să se regăsească în oferta tehnică depusă de ..., însă susține că nu poate accepta cele menționate în cadrul notificării prealabile (care a fost însoțită de un tabel în care autoarea contestației a exemplificat în mod tabelar, corespondența dintre denumirile și pozițiile resurselor materiale din cadrul formularului C6 pus la dispoziție de autoritatea contractantă și formularul C6 din propunerea tehnică depusă de ...) pe motiv că *"răspunsul va fi considerat tardiv (respectiv ca ofertantul nu a răspuns in termen la solicitarea de clarificări), întrucât informaţiile*

solicitate de către comisia de evaluare nu au fost prezentate atunci când i s-au solicitat (respectiv, in data de 30.03.2017 prin adresa nr. 1525), ci abia după ce a primit Comunicarea intermediara privind rezultatul Etapei „Evaluare Propunere tehnica" (in data de 20.07.2017 prin adresa nr. 3460)".

Consiliul nu se aliniază la opinia autorității contractante, fiind de interes pentru aceasta ca să asigure ofertanţilor toate condiţiile pentru ca aceştia să îşi poată justifica şi proba calificarea şi conformitatea ofertei.

Potrivit dispozițiilor legale prevăzute de art. 127 alin. (1) lit. f) și g) din normele aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 fixează comisiei de evaluare atribuția de verificare a conformității tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini și respectiv evaluarea propunerilor tehnice ale ofertanților în conformitate cu criteriile de atribuire, dacă este cazul.

Așa cum a fost mai sus reținut, autoritatea contractantă a manifestat un rol activ solicitând explicații cu privire la pretinsele materiale identificate ca fiind lipsă, prin intermediul adresei de clarificări, însă nu a verificat cu rigurozitate informațiile furnizate de ofertant prin intermediul răspunsurilor.

Se constată din cele de mai sus că, deși achizitoarea a efectuat anumite verificări asupra aspectelor criticate, acestea nu au fost complete, în sensul că achizitoarea nu a efectuat o analiză temeinică a ofertei depusă de ...

Așadar, în speța de față, ceea ce i se poate reproșa autorității contractante este lipsa de diligență în analizarea cu temeinicie a ofertei depuse și ulterior a răspunsului furnizat ca urmare a clarificărilor solicitate.

În loc să facă o analiza temeinică a tuturor înscrisurilor depuse, autoritatea contractantă s-a mărginit să constate că societatea contestatoare a depus formularul C6 – reprezentând Lista consumurilor de resurse materiale, care nu respectă formularul pus la dispoziția operatorilor economici.

În speța de față era de interes ca resursele de materiale cuprinse în formularul pus la dispoziție de autoritatea contractantă să se regăsească în formularul ofertat de ...

Având în vedere multitudinea de informații cuprinse în cadrul acestui formularului C6, astfel cum însăși autoritatea contractantă menționează *"Formularele C6 conțin sute de materiale",* Consiliul apreciază că și autoritatea contractantă trebuie să depună toate diligențele necesare pentru a verifica dacă ofertantul a cuantificat materiale în cadrul formularului.

Faţă de această situaţie, Consiliul apreciază ca fiind eronată judecata comisiei de evaluare de a pretinde lipsa unor materiale, astfel cum au fost evidențiate în cadrul formularului C6, fară a verifica, în fapt, dacă respectivele materiale se regăsesc menționate pe alte poziții în cadrul aceluiași formular.

Într-adevăr, răspunsul, astfel cum a fost elaborat de societatea contestatoare nu este unul care să conducă la faptul că ofertantul a prevăzut toate materialel indicate în formularul C6, însă era în sarcina autorității contractante să depună toate diligențele în verificarea conformității ofertei depuse, sub aspectele criticate.

În condiţiile în care societatea contestatoare a menționat pe de o parte că intră în obligația constructorului să execute lucrările întocmai cum s-a solicitat prin caietul de sarcini, aceasta echivalând cu faptul că ofertantul își asumă și se obligă să respecte cerințele caietului de sarcini, iar pe de altă parte că a atras atenția incidenței dispozițiilor art. 134 alin. (7) din H.G. nr. 39/2016 vizavi de abaterile tehnice minore, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă trebuia să continue acțiunea de verificare a ofertei contestatoarei.

Luând act de cele menționate societatea contestatoare în cadrul răspunsului furnizat, nimic nu împiedica autoritatea contractantă să facă o analiză riguroasă cu privire la cele mai sus reținute.

Dispozițiile art. 134 din H.G. nr. 395/2016 prevăd:

„(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările şi completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum şi perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

(...).

(4) Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare.

(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, 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”.

Așadar, Consiliul apreciază că în speţa de faţă, anterior respingerii ofertei, autoritatea trebuia să stabilească cu exactitate dacă propunerea tehnică depusă de S.C. ... ... S.R.L satisface corespunzător cerinţele din proiectul tehnic şi caietul de sarcini.

Orice decizie a autorităţii contractante privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, şi pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

În considerarea celor antemenționate sunt și susținerile autoarei contestației, potrivit cărora:

„Or, în cazul de față singura necorelare care se poate reține este cea referitoare la poziția din lista extrasului de materiale la care se regăsesc se rregăsesc o serie de materiale de ..., având ca justificare modul particular de generare a acestor extrase de către aplicația ... în raport cu aplicația Doclib utilizată de proiectant.

(...)

Nu trebuie trecut cu vederea faptul că elementul generator care a condus la respingerea ofertei noastre a fost o neglijență a comisiei de evaluare, care pe de o parte, nu a analizat cu atenție extrasele de resurse

prezentate de subscrisa în carul ofertei și nu a formulat o întrebare explicită și coerentă ân contextul în care, se poate admite că subscrisa nu am înțeles pre bine ce doreau în condițiile în care extrasele de resurse erau complete".

Cu titlu exemplicativ, Consiliul din analizarea tabelului comparativ prezentat de autoarea contestației constată că resursele materiale pretinse a fi lipsă se regăsesc în cadrul Formularului C6, dar într-o altă ordine cronologică. Astfel, luând ca reper primul motiv de neconformitate indicat în actul de comunicare, respectiv autoritatea contractantă a comunicat ofertantului că lipsesc materialele de la pozițiile 284 până la poziția 292, Consiliul reține următoarele aspecte:

În cadrul formularului C6 pus la dispoziția ofertanilor de autoritatea contarctantă, materiale consemnate la pozițiile aminitite sunt următoarele:

284 trasgel
285 bitum
286 grund
287 rigle fag
288 electrozi sudura
289 oxigen tehnic
290 benzina auto
291 motorina aditivata
292 apa tehnoogica.

În cadrul formularului C6 prezentat de ..., aceste materiale se regăsesc astfel consemnate:

27 Transgel – fila 657 din propunerea tehnică
30 bitum - fila 657 din propunerea tehnică
205; 206 vopsea - fila 664 din propunerea tehnică
34, 35, 36, 37, 39, 40, 41 material lemnos (grinda stejar, dulap stejar, bile)- fila 657 din propunerea tehnică
198;199;200 electrozi - fila 664 din propunerea tehnică
201 oxigen tehnic - fila 664 din propunerea tehnică
212 benzina- fila 664 din propunerea tehnică
212 benzina - fila 664 din propunerea tehnică
218 apa pt.betoane si mortare - fila 665 din propunerea tehnică.

Se are în vedere și faptul că societatea contestatoare a atras atenția autorității contractante cu privire la dispozițiile art. 134 alin. (7) din H.G. nr. 39/2016 vizavi de abaterile tehnice minore.

Luând act de cele menționate de societatea contestatoare în cadrul răspunsului furnizat, nimic nu împiedica autoritatea contractantă să analizeze dacă sunt incidente dispozițiile legale aminitite.

Conform art. 134 alin. (7)-(9) precitate:

(7) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), **oferta nu va fi considerată neconformă** în măsura în care modificări operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe.

În lumina acestor texte, rezultă că autoritatea putea să determine dacă pretinse lipsuri sesizate în oferta petentei constituie sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 134 alin. (7)-(9), și față de care se impunea solicitarea de clarificări de la ofertant, pentru a afla dacă acestea acceptă să o corecteze fără a-și modifica prețul ofertei.

Inclusiv instanțele judecătorești acționează în această direcție, *exempli gratia* fiind decizia nr. 387 din 16 februarie 2010 a Curții de Apel Cluj, secția comercială, de contencios administrativ și fiscal, în care instanța a statuat că: *"Autoritatea trebuia sa facă aplicarea principiului privind eficiența utilizării fondurilor publice și să nu declare toate ofertele neconforme în baza unui formalism excesiv și tendențios. Conform poziției exprimate de autoritate prin întâmpinare, solicitarea de lămuriri reprezintă un drept și nu o obligație pentru aceasta. Principiul în sine este corect și justificat prin prisma dispozițiilor art. 201 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006, însă aplicarea acestuia trebuie circumstanțiată la datele fiecărui caz.* ***Astfel, reprezintă o atitudine total abuzivă declararea unei oferte ca fiind neconformă pentru anumite aspecte evident minore raportat la complexitatea de ansamblu a ofertei și la multitudinea de date pretinse de aceasta.*** *Prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor europene, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidentei, fiind preferabilă unei soluții de declarare a tuturor ofertelor ca neconforme sau inacceptabile, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare."*

Elocventă este și decizia civilă nr. 1314 din 22 martie 2012, în care Curtea de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, a precizat că procedura de achiziție publică, fiind reglementată de norme din domeniul dreptului public, se desfășoară sub autoritatea principiului priorității interesului public, care impune respectarea cu strictețe a scopului ordonanței și a principiilor de bază pe care le prevede actul normativ (art. 2), acestea presupunând nerestricționarea pe considerente pur formale a examinării pe fond a ofertelor, acordând prevalență unor aspecte nerelevante, cu luarea acestora din urmă în considerare în mod vădit disproporționat în raport cu celelalte elemente ale procedurii.

Opinia autorității de a nu lua în considerare cele menționate de contestatoare cu ocazia formulării notificării prealabile, pe motiv că

răspunsul este tardiv (*respectiv ofertantul nu a răspuns in termen la solicitarea de clarificări, întrucât informaţiile solicitate de către comisia de evaluare nu au fost prezentate atunci când i s-au solicitat (respectiv, in data de 30.03.2017 prin adresa nr. 1525), ci abia după ce a primit Comunicarea intermediara privind rezultatul Etapei „Evaluare Propunere tehnica" (in data de 20.07.2017 prin adresa nr. 3460)* nu este judicioasă, întrucât ofertanților trebuie să li se acorde dreptul de a își demonstra conformitatea ofertelor lor. Se impunea ca autoritatea să manifeste un rezonabil rol activ în analiza celor comunicate de autoarea contestației prin notificarea formulată.

Prin urmare, în contextul înfățișat, pledoaria autorității contractante nu poate constitui un argument valid pentru respingerea ofertei.

Nu poate fi reținută poziția precum că orice modificare a propunerii tehnice inițiale conduce la sancționarea ofertei cu respingerea ca neconformă. Din cele expuse se observă cu ușurință că legiuitorul a reglementat expres posibilitatea *ca o propunere tehnică să fie modificată, în măsura în care se datorează corectării unor abateri tehnice minore.* În altă ordine de idei, propunerea tehnică inițială poate face obiect al modificării, atunci când modificarea este întemeiată pe corectarea unor deficiențe minore ale ei. Poziția amintită ar fi valabilă numai dacă legislația nu ar permite corectarea propunerii tehnice, or, astfel cum s-a arătat mai sus, există această posibilitate în anumite condiții.

Astfel, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă, în condițiile în care a constat că anumite materiale lipsesc, trebuia să facă demersuri și să verifice inclusiv incidența dispozițiila amintite.

În concluzie se constată că evaluarea realizată de autoritate a înregistrat abateri de la cadrul legal, motiv pentru care se impune clarificarea şi reevaluarea ofertei contestatoarei cu privire la aspectele în referinţă, pentru a permite realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Așadar Consiliul determină că, în mod nelegal autoritatea a respins oferta societății contestatoare sub aspectele mai sus reținute.

Faţă de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus se constată că evaluarea ofertei contestatoarei s-a realizat în mod superficial, criticile societăţii contestatoare fiind fondate, în limita celor reţinute mai sus de Consiliu, motiv pentru care Consiliul urmează să admită contestația formulată de ...

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

În temeiul art. 26 alin. (1) și (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, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, pentru considerentele

evocate în motivarea prezentei, repinge ca tardivă contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu ....

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, admite contestaţia formulată de ..., în contradictoriu cu .... Anulează adresa de comunicare către societatea contestatoare a rezultatului evaluării tehnice.

Obligă autoritatea la reevaluarea ofertei depuse ..., cu respectarea celor consemnate anterior, a documentației de atribuire şi a legislației aplicabile privind achizițiile publice, în termen de 15 de zile de la data primirii prezentei decizii și la comunicarea rezultatului procedurii în termenul legal, potrivit legislației achizițiilor publice.

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

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

PREȘEDINTE,	**MEMBRU,**	**MEMBRU,**
...	**...**	**...**