CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. _____/..../....
Data: _____.07.2019

Prin contestația înregistrată la CNSC sub nr. 24036/26.06.2019, formulată de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii formată din SC ..... SRL și SC .... SRL, cu sediul în ....., ..., județul ....., având CUI ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului cu nr. ....., reprezentată legal prin administrator și convențional prin ....., cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură în ....., împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11443/21.06.2019, emisă de către ....., cu sediul în ....., ..., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în vederea încheierii acordului cadru, având drept obiect: „Acord-cadru de lucrări privind întreținerea periodică an I-III (36 luni) covoare asfaltice .... – lot 4 SDN Miercurea Ciuc – ....”, cod CPV 45233221-4, s-a solicitat:

- anularea rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr. 11443/21.06.20198, a actelor care stau la baza acesteia și a eventualelor acte subsecvente acestuia;
- anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia;
- reluarea procedurii de atribuire, reevaluarea ofertelor și stabilirea ofertei câștigătoare;
- obligarea autorității contractante la suportarea cheltuielilor de judecată ocazionate cu prezenta contestație.

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

SC ..... SRL menționează că a depus ofertă în prezenta procedură de atribuire, arătând că, în urma evaluării propunerilor tehnice, au fost declarate conforme, următoarele oferte: Asocierea SC ..... SRL – SC .... SRL, cu oferta financiară: ,14.447.037, lei; SC Ing Service SRL, cu oferta financiară: 14.831.004,11 lei și SC Diferit SRL, cu oferta financiară: 17.860.357,66 lei, rezultând astfel că oferta SC ..... SRL are prețul cel mai scăzut.

Ulterior evaluării ofertelor tehnice, autoritatea contractantă comunică rezultatul procedurii prin adresa nr. 11443/21.06.2019, prin care se menționează că oferta sa a fost respinsă ca neconformă.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă nu a motivat corespunzător decizia de respingere a ofertei ca neconformă, aceasta invocând, ca motiv de respingere, prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, fără însă a indica care dintre ipotezele reglementate de acest text de lege permite declararea ofertei depuse ca neconformă, respectiv, fără să arate care dintre elementele prevăzute de art. 137 alin. (3) din HG nr. 395/2016 sunt incidente, în cauză.

În opinia contestatorului, autoritatea contractantă a încălcat următoarele prevederi legale: art. 215 alin. (1)-(2), lit. b) din Legea nr. 98/2016; art. 127 alin. (1) lit. j) din HG nr. 395/2016; art. 216 alin. (2) lit. b) și alin. (3) lit. b) din Legea nr. 98/2016; art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul apreciază că oferta sa satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini.

În ceea ce privește motivul invocat de către autoritatea contractantă, referitor la faptul că nu s-ar fi respectat listele de cantități puse la dispoziție în legătură cu o poziție din cadrul formularului F3 (Covoare asfaltice tip BA16 cu frezare, numărul curent 1), respectiv faptul că s-a ofertat mp ca unitate de măsură și 1 pentru cantitate, față de leu ca unitate de măsură și 5 pentru cantitate, raportat la listele de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă, contestatorul redă, în cuprinsul contestației, un print screen din poziția din listele de cantități, precum și poziția din propunerea sa financiară.

În acest sens, subliniază că formularul F3 determină prețul unitar pentru unitatea de deviz „*Covor asfaltic tip BA16 - cu frezare - UM = 1 mp*”, stabilită pe metru pătrat (mp), rezultând un preț unitar pentru fiecare metru pătrat. De asemenea, arată că acest din urmă preț urmează a fi înmulțit cu cantitățile minime și maxime ce fac obiectul acordului cadru, pentru determinarea prețului final al ofertei (în faza de licitație), pentru determinarea valorii situațiilor de lucrări (în faza de executare). În opinia sa, acest aspect rezultă din Formularul F3 (anexa 1.4 la cerințele beneficiarului), motiv pentru care, arată că a completat în mod corespunzător propunerea financiară.

Contestatorul solicită Consiliului să constate că listele de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă permit ofertantului să stabilească prețul unitar. Astfel, precizează că a completat spațiul (lăsat

liber pentru a fi completat de executant), însă, dacă nu ar fi modificat unitatea de măsură și cantitatea, respectivul element de deviz nu ar fi avut nici o logică, deoarece ar fi reieșit că pentru 5 (cantitatea) lei (unitatea de măsură), s-ar fi oferit prețul unitar de 3,09 lei. În susținere, contestatorul face referire la prevederile fișei de date a achiziției, art. IV.4.2 – Modul de prezentare a propunerii financiare.

Totodată, contestatorul apreciază că evaluarea făcută de către comisia de evaluare a fost excesiv de formalistă și s-a efectuat cu încălcarea principiului proporționalității. Astfel, susține că efectul *„abaterii*" constatate de autoritatea contractante asupra prețului unitar / prețului final / față de principiile din materia achizițiilor publice, este nul, având în vedere faptul că formularul F3 indicat determină prețul unitar pentru unitatea de deviz *„Covor asfaltic tip BA16 - cu frezare - UM = 1 mp*", stabilit pe metru pătrat (mp), rezultând un preț unitar pentru fiecare metru pătrat.

În susținerea afirmațiilor sale, contestatorul invocă jurisprudența CNSC.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări nr. 9684/28.05.2019, referitoare la lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări, contestatorul apreciază că aceasta nu a fost clară, explicită și suficient de detaliată, invocând astfel, prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016; ulterior, a fost transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, prin adresa nr. 488/31.05.2019, astfel că, dacă autoritatea contractantă avea nelămuriri cu privire la acesta, putea declara oferta ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Astfel, din răspunsul transmis, se poate constata faptul că prețul unitar pentru elementul frezare, nu a fost modificat, acesta rămânând același (3,09 lei fără TVA).

Contestatorul apreciază constatarea comisiei de evaluare, cu privire la oferta sa ca fiind cel mult un aspect ce poate fi clarificat / corectat, cu respectarea principiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. De asemenea, consideră că, aceasta reprezintă cel mult, un viciu de formă, invocând în acest sens prevederile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2019.

Prin adresa nr. 565/01.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 24884/02.07.2019, contestatorul depune, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205550289/1, tranzacția nr. 871945901/ 1619543115 din data de 01.07.2019, emisă de CEC Bank – unitatea Odorheiu Secuiesc, în valoare de 88.000 lei.

Conform dispozițiilor art. 61^1 alin. (5) – (7) din Legea nr. 101/2016, *„(5) Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire*

și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare".

Prin adresa nr. 12252/03.07.2019, înregistrată la CNSC sub nr. 25794/08.07.2019, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției publice, în copie, precum și punctul de vedere cu privire la contestația în cauză.

În fapt, autoritatea contractantă precizează că urmare a analizei ofertelor financiare din punct de vedere al încadrării acestora în valoarea estimată a achiziției, comisia de evaluare a constatat că ofertele financiare depuse de ofertanți se încadrează în valoarea estimată de 17.869.419,27 lei fără TVA, rezultând următoarele: Asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL: 14.447.037,20 lei (80% din valoarea estimată); SC Ing Service SRL: 14.831.004,11 lei (83% din valoarea estimată) și SC Diferit SRL: 17.860.357,66 lei (99% din valoarea estimată).

Autoritatea contractantă precizează că prin adresa nr. 9684/ 28.05.2019 a solicitat clarificări contestatorului, în mod clar și concis, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu privire la nerespectarea listelor de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractanta, în caietul de sarcini, Anexa 1.4, față de Formularul F3 Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări - Covoare asfaltice tip BA 16 cu frezare la numărul curent 1 - Frezarea îmbrăcămintei cu stratul până la 4 cm formate din covoare permanente, unde asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL a ofertat mp ca unitate de măsură și 1 pentru cantitate, față de solicitările din caietul de sarcini - Anexa 1.4, respectiv leu ca unitate de măsură și 5 pentru cantitate. De asemenea s-a solicitat contestatorului să transmită extrasele de materiale C6, C7, C8 si C9 defalcate pe fiecare tip de prestație în parte, respectiv: covoare asfaltice tip BA 16 cu preluare denivelări, covoare asfaltice tip BA 16 cu frezare, completări acostamente, marcaje rutiere. Contestatorul a răspuns prin adresa nr. 488/31.05.2019, din care rezultă că ofertantul face referire la articolul YB02 din Anexa 1.4, aferentă caietului de sarcini, prin care motivează că oferta financiară depusă „a fost modificată conform descrierii cerinței autorității contractante din caietul de sarcini. Astfel denumirea articolului a fost modificată conform descrierii operațiunii solicitate în caietul de sarcini și din Anexa nr. 1.4., adică: Frezarea îmbrăcămintei asfaltice și unitatea de măsură a acestuia a fost coroborat cu unitatea de măsură a prestației Covoare Asfaltice tip BA 16 cu frezare adică mp".

Autoritatea contractantă susține că prin răspunsul la clarificări nr. 488/31.05.2019, contestatorul face trimitere la prevederile caietului de sarcini fără a indica clar și concis unde în cadrul acestuia sunt regăsite cele expuse în clarificare, fapt ce denotă necunoașterea cerințelor caietului de sarcini.

În acest sens, subliniază că modul de întocmire al prețului unitar este prezentat în cadrul cerințelor din caietul de sarcini, Capitolul 1 *„Generalități”*, pag. 3. al. 4 *„Prețurile unitare pentru covoare asfaltice vor fi calculate conform listelor de cantități din Anexa 1.4”*. Mai mult decât atât contestatorul face trimitere la o procedură de atribuire anterioară având același obiect, procedură anulată, unde în cadrul caietului de sarcini, Anexa 1.4, au fost aduse modificări ca urinare a clarificărilor solicitate de ofertanți. Astfel cele menționate de contestator în răspunsul la clarificări nr. 488/ 31.05.2019, denotă faptul că acesta a respectat prevederile altei proceduri de atribuire.

Față de criticile contestatorului, autoritatea contractantă apreciază că prevederile caietului de sarcini nu sunt orientative ci obligatorii pentru toți ofertanții. De asemenea, arată că ofertele financiare declarate admisibile au respectat solicitările impuse, nefiind astfel încălcat principiul proporționalității și a tratamentului egal, în conformitate cu art. 2, alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Totodată, subliniază că în evaluarea ofertelor, au fost respectate și aplicate prevederile legale din legea nr. 98/2016, HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă precizează totodată faptul că Raportul Procedurii nr. ..../S.ACH.89/BV19/INT-1150/21.06.2019 a fost încărcat online pe platforma SICAP, astfel acest document devenind public pentru toți ofertanții. Mai mult decât atât, prin adresa nr. ..../SD19/IE-11443/21.06.2019, contestatorul a fost informat atât cu privire la rezultatul final al procedurii de atribuire cât și motivul pentru care oferta sa a fost declarată respinsă ca neconformă, în conformitate cu art. 215 alin. (5) teza 1) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, autoritatea contractantă subliniază faptul că în prezenta procedură nu au fost solicitate nici un fel de clarificări cu privire la unitatea de măsură și nici la cantitatea aferentă Listei cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări - Covoare asfaltice tip BA 16 cu frezare.

Față de cele mai sus menționate, autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea ca netemeinică a contestației.

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

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura licitație deschisă, în vederea încheierii acordului cadru, având drept obiect: „Acord-cadru de lucrări privind întreținerea periodică an I-III (36 luni) covoare asfaltice .... – lot 4 SDN Miercurea Ciuc – ....”, cod CPV 45233221-4, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare nr. ..../20.03.2019, conform căruia valoarea estimată a procedurii este de: 17.869.419,27 lei fără TVA. Conform cap. II.2.5) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Din analiza prezentei contestații formulată de Asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL, Consiliul constată că obiectul acesteia îl constituie adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 11443/ 21.06.2019

prin care oferta acesteia a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, deoarece nu ar fi respectat listele cu cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă, motiv pentru care, Consiliul va analiza în cele ce urmează oferta contestatorului prin raportare atât la cerințele documentației de atribuire cât și legislația specifică în domeniu.

Astfel, conform *„Centralizatorului Valoric pentru Acord cadru Anul I – Anul III (36 luni)- covoare asfaltice lot.4 SDN Miercurea Ciuc”* (**Anexa 1.3 din caietul de sarcini**), obiectul acordului cadru include executarea lucrărilor *„Covor tip BA16 cu frezare”* în cantitatea minimă de **6.370,00 mp** și maximă **63.720,00 mp**.

De asemenea, în cadrul Formularului F3 (**Anexa 1.4 din caietul de sarcini**) privind *„Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări” – Covoare asfaltice tip BA16 cu frezare”,* autoritatea contractantă a enumerat sub formă de articole de deviz materialele și operațiunile necesare pentru execuția cantității unitare de 1 mp de covor asfaltic tip BA16 cu frezare.

Analizând lista mai sus menționată, Consiliul reține că autoritatea contractantă a prevăzut în mod expres la poziția 1 articol de deviz YB02 – *„Diferență preț utilaj lei”,* având unitate de măsură **„lei”** și cantitate **„5”.** Rezultă așadar că, pentru fiecare mp de covor asfaltic tip BA16 cu frezare, contestatorul avea obligația să prevadă în propunerea financiară câte 5 lei care să fie evidențiați în cadrul articolului de deviz de la **poz.1 – YB02.**

Mai mult, acest aspect este susținut și de prevederea expresă de la pag. 3 din caietul de sarcini care stipulează că: ***„Prețurile unitare pentru covoarele asfaltice, vor fi calculate conform listelor de cantități din Anexa 1.4”***.

Or, din analiza ofertei aparținând Asocierii SC ..... SRL - SC .... SRL (pag. 461 din dosarul achiziției), Consiliul reține că aceasta din urmă, pe de-o parte a intitulat în mod eronat articolul, în sensul că, în loc de „Diferență de preț utilaj lei” a menționat „Frezarea îmbrăcămintii cu stratul până la 4 cm formate din covoare permanente”, iar pe de altă parte a ofertat ca unitate de măsură „mp” în loc de „lei” iar la cantitate a ofertat „1” în loc de „5”, stabilind un preț unitar de 3,09 lei.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/ 2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Modul de elaborare a propunerii tehnice/financiare nu a fost contestat de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor

pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire (inclusiv caietul de sarcini) este obligatorie pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Or, din analiza propunerii financiare a contestatorului precum și a răspunsului formulat la solicitările de clarificări, rezultă că acesta nu respectă nici cantitatea și nici unitatea de măsură „lei", stabilind un preț de 3,09 lei/mp, deci inferior celui impus în caietul de sarcini de 5 lei nefiind deci în concordanță cu cerințele și implicit necesitatea autorității contractante.

Prin depunerea ofertei, Asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul caietului de sarcini și a anexelor la acesta conținând listele de cantități iar riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans", fiind incidente prevederile art. 133 alin. (2) coroborat cu alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, conform cărora oferta trebuie să corespundă cerințelor minime prevăzute în caietul de sarcini; oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă, iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 137 alin. (1) din hotărâre).

Consiliul reține faptul că operatorii economici, în elaborarea ofertei trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot propune execuția unor lucrări care nu respectă întocmai cerințe exprese ale documentației de atribuire.

Tocmai acesta era rolul clarificărilor solicitate de autoritatea contractantă prin adresa nr. 9684/28.05.2019 respectiv de a lămuri anumite erori/omisiuni ale ofertei depuse inițial, la care contestatorul avea obligația de a se conforma și să le trateze cu maximă competență și diligență. Or, din analiza răspunsului contestatorului (a se vedea adresa nr. 488/31.05.2019, pag. 195 din dosarul achiziției), Consiliul constată că, societatea contestatoare recunoaște că a modificat atât denumirea articolului de la poz.1 cât și unitatea de măsură impusă în cadrul Anexei nr.1.4 din caietul de sarcini.

Sunt relevante în soluționarea prezentei și dispozițiile art. 134 alin. (6) coroborate cu alin. (10) și alin. (11) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(...)

(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant.

(11) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea erorilor aritmetice oferta sa va fi considerată neconformă".

Din interpretarea textului legal mai sus reiterat, rezultă că un ofertant poate opera modificări în cadrul propunerii sale financiare doar dacă aceste modificări reprezintă erori aritmetice adică erori materiale de redactare și nicidecum modificarea propunerii financiare datorată ofertării unui tarif unitar inferior celui impus de autoritatea contractantă în cadrul cantităților de lucrări / materiale din caietul de sarcini.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul va reține că autoritatea contractantă a constatat în mod corect față de oferta contestatorului prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora „Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerințele prezentate în documentele achiziției (...)" deoarece prin răspunsul său, Asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL a confirmat diferențele dintre anexa 1.4 la caietul de sarcini și oferta sa.

Prevederile art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 dispun în mod expres și imperativ care sunt modificările propunerii financiare pe care autoritatea contractantă le poate accepta, modificări care, așa cum se poate observa, în speță nu sunt aplicabile.

Față de cele de mai sus, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect neluând în considerare susținerile contestatorului potrivit cărora modificările descrierii articolului și cantității nu modifică/influențează prețul unitar, deoarece acceptarea unei astfel de modificări a propunerii financiare ar fi constituit un avantaj evident în favoarea contestatorului, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantaj constând în transformarea ofertei acestuia din ofertă neconformă în ofertă admisibilă

Este evident că elaborarea propunerii financiare prin modificarea articolului de deviz și includerea unui tarif unitar inferior celui stabilit de autoritatea contractantă nu poate fi considerată un viciu de formă sau o eroare aritmetică ce ar putea fi corectată, o astfel de situație fiind de natură a crea un avantaj incorect ofertantului în cauză, în raport cu ceilalți ofertanți sau potențiali participanți la procedură, care au înțeles să respecte obligația legală de a formula oferta în conformitate cu documentația de atribuire.

Astfel, Consiliul nu poate reține afirmația contestatorului potrivit căreia schimbarea tarifului unitar de la 3,09 lei/mp la 5,00 lei/mp nu ar modifica propunerea financiară în condițiile în care un simplu calcul aritmetic demonstrează că diferența de 1,91 lei înmulțită cu suprafața maximă a lucrărilor „*Covor tip BA16 cu frezare*” de 63.720,00 mp conduc la o diferență de 121.705 lei.

Hotărârea CJUE din data 5 iunie 2015 pronunțată în cauza C 49/15, statuează în acest sens că:

„43 În această privință, trebuie amintit că, în conformitate cu ceea ce s-a statuat la punctul 28 din prezenta ordonanță, corectarea unei erori materiale săvârșite de un ofertant în redactarea ofertei sale, în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat, nu trebuie să îi permită să o modifice și să îi confere astfel un avantaj necuvenit.

44 În consecință, orice modificare a unei oferte economice care nu privește corectarea mecanică a unei erori materiale vădite de redactare sau care nu rezultă automat dintr-o corectare nu este autorizată în temeiul articolului 160 alineatul (3) din regulamentul delegat. Astfel, autoritatea contractantă nu poate da unui singur ofertant, după deschiderea ofertelor, posibilitatea să modifice termenii ofertei sale, sub sancțiunea încălcării principiului egalității de tratament, precum și a termenilor dispoziției menționate”.

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

Mai mult, contestatorul a ales, prin propria manifestare de voință să răspundă în termen la aceste solicitări de clarificări, ceea ce implică o acceptare a lor și oferind astfel posibilitatea autorității contractante de a verifica concludenta răspunsurilor.

În speță prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în evaluarea ofertei depusă de Asocierea SC ..... SRL - SC .... SRL iar prin răspunsul formulat, acest ofertant a confirmat comisiei de evaluare modul defectuos și neconform de elaborare a ofertei sale.

Consiliul va reține că riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări, la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al nedepunerii în cadrul ofertei sale a informațiilor minimale solicitate de către autoritatea contractată potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, în condițiile în care autoritatea contractantă a menționat în mod expres, în cadrul documentației de atribuire, care este modalitatea de elaborare a propunerii financiare iar în cadrul solicitării de

clarificări, care sunt aspectele pe care operatorul economic participant trebuie să le clarifice.

În cazul în care documentația de atribuire sau solicitarea de clarificări nr. 9684/28.05.2019, transmisă de autoritatea contractantă contestatorului erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive, contestatorul avea dreptul de a notifica și ulterior contesta respectivele cerințe, potrivit prevederilor legale.

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

„31 Principiul egalității de tratament și obligația de transparență se opun oricărei negocieri între autoritatea contractantă și un ofertant în cadrul unei proceduri de atribuire a unor contracte de achiziții publice, ceea ce implică faptul că, în principiu, o ofertă nu poate fi modificată după depunerea sa nici la inițiativa autorității contractante, nici la cea a ofertantului. În consecință, autoritatea contractantă nu poate solicita lămuriri unui ofertant a cărui ofertă apreciază că este imprecisă sau neconformă cu specificațiile tehnice din caietul de sarcini (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C 599/10, punctele 36 și 37).

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

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

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

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

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

37 În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat

candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)".

Astfel, nu poate fi acceptată nici formularea unei noi solicitări de clarificări din partea autorității contractante deoarece un astfel de demers ar fi de natură a crea un alt avantaj evident în favoarea contestatorului, aducând atingeri dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 conform cărora „*autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*".

Prin urmare, în acord atât cu dispozițiile legale amintite, cât și cu cele ale documentației de atribuire, autoritatea contractantă a analizat conformitatea ofertei prezentate, cu respectarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți potențialii participanți la procedura în cauză.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut, în cazul ofertei contestatorului, cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile acestuia privind nelegalitatea evaluării propriei sale oferte sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de Asocierea SC ..... SRL și SC .... SRL în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... și pe cale de consecință să dispună continuarea procedurii de atribuire în cauză.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de către Asocierea SC ..... SRL și SC .... SRL în contradictoriu cu .....

Dispune continuarea procedurii de atribuire în cauză.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare PREȘEDINTE Consilier de soluționare

....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 11(unsprezece) pagini.