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: .....

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., formulată de SC ..... SRL, lider al asocierii SC ..... SRL - SC .. SRL, cu sediul social în ....., str. .., județul ....., având cod unic de înregistrare RO.., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr. ....., reprezentată prin administrator, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, emis de către COMUNA ..... (CONSILIUL LOCAL .....), cu sediul .. .., județul ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect: „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor și Execuție de lucrări pentru obiectivul «Extindere sistem de canalizare în localitatea ..i, comuna ....., județul .....»”, cod CPV 45232400-6, s-a solicitat:

- anularea comunicării nr. 5253/12.10....., prin care autoritatea contractantă i-a adus la cunoștința că oferta sa a fost declarată inacceptabilă în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016;
- obligarea autorității contractante la continuarea procedurii de achiziție prin evaluarea ofertei depuse, cu respectarea și îndeplinirea cerințelor legale pentru procedura de atribuire,
- stabilirea rezultatului procedurii de atribuire cu respectarea prevederilor legale în vigoare.

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:
În fapt, contestatorul susține în data de 23.08....., autoritatea contractantă a comunicat adresa nr. .., prin care i s-au solicitat clarificări la propunerea tehnică. Susține că a transmis în data de 28.08..... răspunsul nr. 1142 la solicitarea de clarificări primită însă, prin adresa nr. .../12.10....., comisia de evaluare a declarat oferta sa neconformă și inacceptabilă în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, respectiv „nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini".

Arată că a respectat dispozițiile art. 133 alin. (2) din HG nr. 395/2016, sens în care prezintă sub formă de tabel obiectul fiecărei solicitări de clarificări, răspunsul autorității contractante și mențiuni asupra modului de interpretare a răspunsului de către comisia de evaluare.

Cu privire la cerința privind canalizare gravitațională, deviz terasamente, rețea de canalizare menajeră PVC Dn 250 mm- 8190 m, autoritatea contractantă a solicitat – *„explicați modul de determinare a cantității de nisip de 1.392,3 mc utilizată pentru pozarea țevii DN 250, ținând cont de cotele planșei nr. 13 din SF"*.

Susține că răspunsul său a fost în sensul că *„0,73 lățime șanț x 0,4 strat nisip x 8.190 m – 2.392 mc (s-a greșit tehnoredactarea în loc de 2.392 mc s-a redactat 1.392 mc, dar ne menținem oferta și vom realiza lucrările cu cantitatea de 2.392 mc conform standardelor în vigoare și studiului de fezabilitate - facem cunoscut faptul că deținem balastieră de agregate naturale - avem în stoc nisip natural de râu) cantitate ce va fi inclusă în proiectarea finală prin redistribuirea valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei conform art. 134 din HG nr. 395/2016"*.

Față de cerința de mai sus, contestatorul analizează modul de interpretare a răspunsului de către comisia de evaluare, sens în care arată că *„fiind o abatere minoră de tehnoredactare ne încadrăm la art. 134 alin. (7) și (8), astfel încât oferta nu este considerată neconformă dacă prin corectarea abaterii de tehnoredactare, nu conduce la depunerea unei noi oferte. Făcând deja mențiunea prin răspunsul dat, că această corectare nu va modifica valoarea totală a ofertei. Prin urmare comisia de evaluare nu aduce niciun argument legal, rezumându-se doar la mențiunea «nu se acceptă» - așa cum rezultă din adresa nr. 5253, ceea ce ne aduce atingere intereselor legitime"*.

Cu privire la cerința *„canalizare gravitaționala, deviz: construcții - rețea de canalizare menajera PVC DN 250 mm - 8.190 m”*, contestatorul arată că autoritatea contractantă a solicitat să clarifice în sensul – *„rugăm clarificați dacă ați prevăzut activitatea de execuție probe de etanșare și dacă da, unde se regăsește în propunerea tehnică”*.

Față de cerința descrisă mai sus, contestatorul susține că a răspuns în sensul că *„nu au fost prinse probele de etanșare în mod explicit, acestea se vor regăsi după activitatea de proiectare propriu-zisă. Ca și descriere se regăsește în propunerea tehnica 1 - formular 7 - metodologie de realizare a lucrărilor”*.

Referitor la cele de mai sus, contestatorul analizează modul de interpretare a răspunsului de către comisia de evaluare, sens în care arată că: *„după elaborarea proiectului tehnic listele pot fi detaliate la nivel de articole de lucrări și după care se întocmește oferta detaliată cu încadrarea în valoarea ofertată. Face mențiunea că probele de etanșare conform prevederilor normativ pentru verificarea calității și recepția lucrărilor de construcții și instalații aferente C56/85 nu sunt introduse în Listele de cantități, dar sunt cuprinse în programul de urmărire și control stabilit de proiectant și prin însușirea caietului de sarcini antreprenorul se obligă să execute toate încercările, determinările și măsurătorile impuse de normativ. Răspunsul formulat este corect și justificat, programele de urmărire și control fac parte din conținutul standard al proiectului tehnic. Astfel comisia de evaluare dă dovadă de un formalism excesiv și solicită în mod intenționat informații fără să precizeze temeiul legal în baza căruia ofertantul este obligat să coteze doar proba de presiune și nu toate verificările, măsurătorile, încercările obligatorii conform normativelor”*.

În ceea ce privește cerința *„stații de pompare, deviz construcții - conducta de refulare DN 90 - 1.167 m”*, unde autoritatea contractantă a solicitat clarificări în sensul că *„rugăm clarificați dacă ați prevăzut activitatea de execuție probe de etanșare și dacă da, unde se regăsește în propunerea tehnică”*.

Susține că a răspuns în sensul că *„nu au fost prinse probele de etanșă în mod explicit, acestea se vor regăsi după activitatea de proiectare propriu-zisă. Ca și descriere se regăsește în propunerea tehnică 1 - formular 7 - metodologie de realizare a lucrărilor”*.

În continuare, contestatorul analizează modul de interpretare dat de autoritatea contractantă răspunsului său, sens în care arată că *„susținem răspunsul dat la solicitarea de clarificări astfel încât, probele de etanșare pentru obiect stații de pompare, deviz construcții - conducta de refulare DN 90-1.167 m, conform normativ pentru verificarea calității și recepția lucrărilor de construcții și instalații aferente C56/85 nu sunt introduse în listele de cantități, dar sunt cuprinse în programul de urmărire și control stabilit de proiectant și procedurile proprii de verificare a calității lucrărilor executate (PCCVI), iar prin însușirea*

caietului de sarcini antreprenorul se obligă să execute toate verificările, încercările, determinările și măsurătorile impuse de normativ. Așadar probele de etanșare nu se cotează separat, acestea sunt cuprinse în programul de urmărire de control, iar costul probelor de etanșare se suportă din capitolul de deviz cheltuieli indirecte, așadar prin răspunsul la solicitarea de clarificări, este menținută oferta inițială iar executarea oricăror încercări/verificări nu necesită costuri suplimentare".

O altă cerință analizată o reprezintă *„racorduri, deviz: rețea canalizare PVC DN 160 mm - construcții - 1.800 m"*, față de care autoritatea contractantă a solicitat clarificări în sensul că *„rugăm clarificați dacă ați prevăzut activitatea de execuție probe de etanșare și dacă da, unde se regăsește în propunerea tehnică"*.

Contestatorul arată că a răspuns în sensul că *„nu au fost prinse probele de etanșă în mod explicit, acestea se vor regăsi după activitatea de proiectare propriu-zisă. Ca și descriere se regăsește în propunerea tehnică 1 - formular 7 - metodologie de realizare a lucrărilor"*.

Referitor la cerința de mai sus, contestatorul face o analiză a răspunsului autorității contractante, în sensul că *„facem mențiunea că probele de etanșare pentru obiectul racorduri, deviz: rețea de canalizare PVC DN 160 mm – construcții - 1.800 m, conform normativ pentru verificarea calității și recepția lucrărilor de construcții și instalații aferente C56/85 nu sunt introduse în listele de cantități, dar sunt cuprinse în programul de urmărire și control stabilit de proiectant și procedurile proprii de verificare a calității lucrărilor executate (PCCVI), iar prin însușirea caietului de sarcini antreprenorul se obligă să execute toate încercările, determinările și măsurătorile impuse de normativ".* Susține că răspunsul formulat este întemeiat și justificat, programele de urmărire și control fac parte din conținutul standard al proiectului tehnic.

Arată că, comisia de evaluare a dat dovadă de un formalism excesiv și solicită în mod intenționat informații, fără să precizeze temeiul legal în baza căruia ofertantul este obligat să coteze doar proba de presiune și nu toate verificările, măsurătorile, încercările obligatorii conform normativelor.

O altă cerință a autorității, respectiv *„canalizare gravitațională, deviz construcții - refacere drumuri balastate - 6.571 m",* față de care a solicitat clarificări, respectiv *„explicitați necesarul de balast utilizat pentru refacere drumuri balastate ținând cont de precizările din SF*".

Susține că răspunsul său la solicitarea de clarificări a autorității contractante a fost în sensul *„conform precizări studiu de fezabilitate*

cantitatea este de 2.562,69 mc (6.571 m x 20 cm strat balast x 1,95 m și nu 2,05 m lățime), iar noi am încadrat-o ca fiind 2.053 mc rezultând o diferență de 509,69 mc de balast, cantitate ce va fi inclusă în propunerea finală prin redistribuirea cantitativă și valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei conform art. 134 din HG nr. 395/2016".

Contestatorul analizează răspunsul oferit de autoritatea contractantă și arată că *„având în vedere lățimea frontului de lucru pentru realizarea rețelei de canalizare, proiectantul/ofertantul poate în mod justificat să prevadă pentru refacerea drumurilor, în proiectul tehnic, cantitatea necesară de balast pentru refacerea dramurilor prin încadrarea valorii totale ofertate".*

Față de cele de mai sus, contestatorul critică atitudinea comisiei de evaluare care a dat dovadă de un formalism excesiv și cu rea intenție solicită cotarea numai a unei singure încercări din cele prevăzute de normativul C56/85, dar care este obligatoriu a fi prevăzută în programul de urmărire și control în momentul proiectării propriu zise, realizând astfel o încălcare a art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice.

Susține că a supraestimat capacitatea autorității contractante de a interpreta documentele puse la dispoziție și răspunsurile la solicitările de clarificări în așa fel încât aceasta să înțeleagă și să coreleze informațiile pentru a analiza în mod obiectiv oferta sa.

Totodată, invocă în susținere prevederile art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, în condițiile în care răspunsul la solicitările de clarificări ar fi trebuit să lămurească comisia de evaluare deoarece conform uzanțelor și normativului C 56/85 probele de etanșare nu sunt introduse în listele de cantități, ci în programul de urmărire și control care oricum făcea parte din conținutul standard al proiectului tehnic.

Susține că după elaborarea proiectului tehnic listele pot fi detaliate la nivel de articole de lucrări și după care se întocmește oferta detaliată cu încadrarea în valoarea ofertată.

Totodată, costul probelor de etanșare se suporta din capitolul de deviz cheltuieli indirecte, iar potrivit acestui aspect nu are loc o modificare a ofertei depuse.

Din perspectiva prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016, contestatorul critică faptul că la fiecare răspuns dat la solicitarea de clarificări ca și motiv de descalificare invocat regăsește o apreciere subiectivă fără o justificare legală „nu se acceptă" sau *„propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini și a studiului de fezabilitate"*, ori aceste aprecieri subiective apreciază că încalcă principiul nediscriminării și a tratamentului egal și se poate observa o părere formată a autorității contractante de natură a-i leza interesul legitim, astfel încât dacă autoritatea ar fi corelat prevederile

normativelor cu răspunsurile la solicitarea de clarificări, în mod obiectiv și cu bună credință nu s-ar mai fi ajuns la respingerea ofertei sale.

Critică faptul că i s-a solicitat prelungirea valabilității ofertei și a garanției de participare, iar la o distanța de 4 zile i-a comunicat respingerea ofertei, cu încălcarea principiului nediscriminării și tratamentului egal.

Prin adresa nr. 42918/.....-...../18.10....., Consiliul a solicitat contestatorului să constituie cauțiunea datorată potrivit art. 611 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, să facă dovada datei la care a luat cunoștință de actul atacat și dovada comunicării contestației către autoritatea contractantă.

Contestatorul a răspuns solicitării Consiliului prin adresa nr. 1419/19.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. .../22.10..... și prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. ../25.10....., sens în care a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. ../1, tranzacția nr. .., din data de 22.10....., emisă de CEC Bank, Sucursala ....., în valoare de 35.000,00 RON, pe seama și la dispoziția „CNCS”.

Autoritatea contractantă a formulat un punct de vedere în cauză, prin adresa nr. 5461/22.10....., înregistrat la Consiliu sub nr. 43619/ 23.10....., prin care solicită respingerea contestației ca nefondată.

Arată că menține decizia de respingere în etapa de evaluare a propunerii tehnice, din perspectiva răspunsului nr. 1142 din 28.08..... al ofertantului la solicitarea de clarificări nr. 4394/23.08..... adresată de autoritatea contractantă, având în vedere cele reținute în cuprinsul raportul de specialitate nr. 2 al expertului tehnic cooptat pentru analiza răspunsurilor la solicitările de clarificări la propunerea tehnică și procesul verbal de evaluare a ofertelor tehnice nr. 2 al comisiei de evaluare, raportate de solicitările de clarificări.

În continuare, arată că decizia de respingere a acestei oferte se impune și din perspectiva punctului de vedere exprimat de expertul cooptat pentru evaluarea propunerii tehnice referitor la contestația ofertantului în cauză.

Autoritatea contractantă citează punctual fiecare cerință raportat la care a solicitat clarificări contestatorului, răspunsul oferit de acesta și modul de îndeplinire.

Astfel, cu privire la cerința *„canalizare gravitațională, deviz terasamente, rețea de canalizare menajeră PVC Dn 250 mm- 8190 m”*, autoritatea a apreciat că *„listele de cantități prezentate nu sunt conforme cu caietul de sarcini și documentația SF publicată în SEAP.*

Propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini și a studiului de fezabilitate”.

Cu privire la cerința *„canalizare gravitațională, deviz: construcții - rețea de canalizare menajera PVC DN 250 mm - 8.190 m”,* autoritatea contractantă susține că răspunsul oferit nu poate fi acceptat, în condițiile în care *„listele de cantități prezentate nu sunt conforme cu propunerea tehnică - formular 7 - metodologia de realizare a lucrărilor. Propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini și a studiului de fezabilitate”*.

Cu privire la cerința *„canalizare gravitațională, deviz: construcții - refacere drumuri balastate - 6.571 m”*, și solicitarea autorității contractante de a explica necesarul de balast utilizat pentru refacere drumuri balastate ținând cont de precizările din SF, însă răspunsul oferit de contestator nu a fost acceptat de autoritatea contractantă, cu arătarea faptului că *„listele de cantități prezentate nu sunt conforme cu caietul de sarcini și documentația SF publicată în SEAP”*.

În continuare, arată faptul că prin caietul de sarcini se solicită la punctul 2 - Elaborarea propunerii tehnice pentru execuția lucrărilor: *„dacă propunerea tehnică nu satisface cerințele caietului de sarcini/studiului de fezabilitate, oferta va fi considerată neconformă”*, iar *„orice cheltuială suplimentară rezultată din evaluarea necorespunzătoare a lucrării ce urmează a fi executată va fi suportată în mod exclusiv de către executantul lucrării”*.

Arată că lipsa cantităților de lucrări, recunoscută și de ofertant, din propunerea tehnică, respectiv de 1.000,00 mc de nisip și 509,69 mc de balast, respectiv lipsa cuantificării probelor de etanșă, nu reprezintă o abatere minoră de tehnoredactare, ci o neconformitate a listelor de cantități prezentate în raport cu caietul de sarcini și studiul de fezabilitate care au stat la baza întocmirii ofertei tehnice.

Subliniază că oferta tehnică este parte componentă a contractului de lucrări, prin urmare comisia de evaluare nu a admis la baza încheierii unui contract de lucrări o ofertă tehnică în care lipsesc cantitățile de lucrări precizate mai sus, cu promisiunea ca, cantitățile lipsă la propunerea tehnică să fie incluse în proiectarea finală prin redistribuire valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei.

De altfel, având în vedere lipsa cantităților de lucrări semnalate la propunerea tehnică, și faptul că ofertantul precizează că, cantitățile lipsă la propunerea tehnică vor fi incluse în proiectarea finală prin redistribuire valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei, acest aspect certifică faptul că în stabilirea prețului ofertei, ofertantul nu a luat în calcul cantitățile complete necesare pentru realizarea obiectivului, astfel prețul va fi mai mic, comparativ cu situația în care cantitățile ar fi fost estimate corect în conformitate cu documentația de atribuire inserată în SEAP.

Menționează că în cazul în care nu sunt ofertate toate cantitățile de lucrări, prețul va fi mai mic, comparativ cu un alt ofertant participant

care și-a estimat corect și complet cantitățile de lucrări. În cazul în care ar fi ofertat corect cantitățile de lucrări, propunerea financiară ar fi mai mare, ceea ce ar conduce la o modificare a clasamentului, care nu asigură un tratament concurențial și o evaluare corectă pentru toți ofertanții participanți la procedură.
Concluzionează în sensul că ofertantul nu contestă temeinicia solicitărilor de clarificări expuse în documentele anexe prezentate, ci recunoaște că nu a ofertat corect listele de cantități de lucrări, conform răspunsului la solicitările de clarificări nr. 1142 din 28.08.....
Referitor la alte aspecte semnalate de ofertant cu referire la perioada de 45 de zile de evaluare a ofertei, face precizarea că, comisia de evaluare în perioada 23.08..... - 12.10....., a mai avut în evaluare și altă procedură simplificată cu caracter la fel de important pentru comunitate. Mai mult membrii comisiei de evaluare, fiind angajați ai autorității contractante desfășoară zilnic și activitățile precizate în fișa postului.
Arată că în perioada de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a solicitat ofertanților prelungirea valabilității ofertelor prin adresele nr. 4988/01.10..... și nr. 5103/08.10..... Nu consideră că solicitările de prelungire a ofertelor afectează în vreun fel procesul de evaluare al ofertelor depuse de ofertanți, ci au scopul de a conduce la încheierea contractului de lucrări pentru procedura de achiziție care face obiectul prezentei contestații.
Prin adresa nr. 44172/.....-...../26.10....., Consiliul a solicitat autorității contractante transmiterea dosarului achiziției publice și oferta tehnică a contestatorului, față de care autoritatea contractantă a răspuns prin adresa nr. 5579/29.10....., înregistrată la Consiliu sub nr. 44585/30.10....., sens în care a depus dosarul achiziției publice și oferta depusă în procedură de contestator.

Contestatorul a depus la dosar adresa nr. 1502/07.11....., înregistrată la Consiliu sub nr. 46347/08.11....., sens în care a depus, în original, recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204987421/1, tranzacția nr. 790294028/1532714499, din data de 22.10....., emisă de CEC Bank, Sucursala ....., în valoare de 35.000,00 RON, pe seama și la dispoziția Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

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

COMUNA ..... (CONSILIUL LOCAL .....), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată, într-o singură etapă, online, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având

drept obiect: „Servicii de proiectare și asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada de execuție a lucrărilor și Execuție de lucrări pentru obiectivul «Extindere sistem de canalizare în localitatea Boldești și ..., comuna ....., județul .....»”, cod CPV 45232400-6, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../ ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este de 3.053.091 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din anunț, criteriul de atribuire al contractului este: „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere că obiectul contestației formulate îl constituie adresa nr. 5253/12.10..... emisă de autoritatea contractantă de respingere a ofertei aparținând Asocierii SC ..... SRL - SC .. ca inacceptabilă, Consiliul va analiza aceste aspecte în cele ce urmează prin raportare la cerințele documentației de atribuire și legislația specifică în domeniu.

Din analiza cerințelor documentației de atribuire aferente procedurii în cauză, Consiliul reține că potrivit caietului de sarcini, ofertanții aveau obligația de a elabora propunerea tehnică cu respectarea întocmai a cerințelor din caietul de sarcini și studiul de fezabilitate, nerespectarea acestora fiind sancționată cu respingerea ofertei ca neconformă.

De asemenea, Consiliul reține că autoritatea contractantă ținând cont de specificul și complexitatea activității ce urmează a se executa, a impus operatorilor economici ca propunerile tehnice să respecte întocmai cantitățile de lucrări prevăzute în cadrul caietului de sarcini și studiul de fezabilitate.

Astfel, potrivit cerințelor din studiul de fezabilitate, respectiv cotele planșei 13, publicată, în SEAP, în anexa anunțului de participare simplificat, sub identificatorul *„[RFQ0113994/008] 4.Planse extindere canalizare.pdf.p7s*”, având ca obiect: Canalizare gravitațională; Deviz: Terasamente-rețea de canalizare menajeră PVC DN 250 mm-8190m, rezultă o cantitate necesară de nisip de 2.392 mc.

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 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 atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Or, din analiza ofertei tehnice a contestatorului, Consiliul constată că acesta a determinat o cantitate de 1.392,3 mc de nisip în loc de 2.392 mc, motiv pentru care autoritatea contractantă a solicitat acestuia prin adresa de clarificări nr. 4394/23.08....., pct. 1 să: „Explicitați modul de determinare a cantității de nisip de 1.392,3 mc utilizată pentru pozarea țevii DN 250, ținând cont de cotele planșei nr. 13 din SF".

Din analiza răspunsului dat de contestator cu privire la acest aspect prin adresa nr. 1142/28.08....., Consiliul constată caracterul neconcludent deoarece, acesta a justificat introducerea unei cantități mai mici de nisip prin: „S-a greșit tehnoredactarea în loc de 2.392 mc s-a redactat 1.392 mc, dar ne menținem oferta și vom realiza lucrările la cantitatea de 2.392 mc conform standardelor în vigoare și studiului de fezabilitate, cantitate ce va fi inclusă în proiectarea finală prin redistribuirea valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei (...)" recunoscând practic nerespectarea cantităților rezultate din studiul de fezabilitate.

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 studiului de fezabilitate 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) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, conform cărora propunerea tehnică 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 tehnice/financiare trebuie să țină cont de toate cerințele exprese ale documentației de atribuire, astfel încât nu pot propune cantități de lucrări care nu corespund cu cerințele rezultate din studiul de fezabilitate doar în baza unei simple decizii comerciale în încercarea de fi declarată ca și câștigătoare a ofertei sale prin vicierea rezultatului.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul apreciază că sunt incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora:

„(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispozițiilor 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”.

Situația este similară și în ceea ce privește necesarul de balast pentru refacere drumuri „Obiect: Canalizare gravitațională; Deviz construcții- refacere drumuri balastate – 6571 m”, deoarece cantitatea luată în calcul de către contestator în cadrul ofertei a fost de 2.053 mc de balast în loc de 2.562,69 mc de balast, astfel cum s-a solicitat de autoritatea contractantă în cadrul răspunsului la clarificări nr.3 publicate în SEAP în data de 06.06..... sub identificatorul „[RFQ0113994/019] Clarificare 3.pdf.p7s”.

Răspunsul contestatorului și la această abatere a fost în sensul: *„Conform precizări studiu de fezabilitate, cantitatea este de **2562,69 mc** (6.571 m x 20 cm strat balast x 1,95 m și nu 2,05 m lățime) iar **noi am încadrat-o ca fiind 2053 mc** rezultând o diferență de **509,69 mc** de balast cantitate ce va fi inclusă în proiectarea finală prin redistribuirea cantitativă și valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei conform art. 134 din HG nr. 395/2016”.*

Greșeala persistă și în cea ce privește lipsa din cadrul ofertei tehnice a execuției probelor de etanșare pentru activitățile având ca obiect:

1) Canalizare gravitațională; Deviz - Construcții rețea de canalizare menajeră PVC DN 250 mm - 8190 m;

2) Stații de pompare; Deviz: Construcții – conductă de efulare DN 90 – 1167 m;

3) Racorduri; Deviz: rețea canalizare PVC DN 160 mm – construcții – 1800 m.

Omisiunea și în cazul acestor activități este recunoscută de contestator prin răspunsul: *„Nu au fost prinse probele de etanșă în mod explicit, acestea se vor regăsi după activitatea de proiectare propriu zisă*”.

Prin urmare, lipsa din cadrul propuneri tehnice a cantităților de lucrări respectiv de 1.000,00 mc de nisip și 509,69 mc de balast precum și lipsa cuantificării probelor de etanșă nu poate constitui viciu de formă care să poată fi remediată/împlinită prin promisiunea contestatorului potrivit căreia *„cantitățile lipsă din propunerea tehnică vor fi incluse ulterior în proiectarea finală prin redistribuirea valorică fără a modifica valoarea totală a ofertei”,* fiind relevante în soluționarea prezentei și dispozițiile art. 134 alin. (6), potrivit cărora *„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 neconformă".

Susținerile contestatorului cu privire la pretinsa încadrarea în abatere tehnică minoră Consiliul urmează să le respingă ca nedovedite, acesta nemotivând sub niciun aspect această excepție, încălcând prevederile art. 249 c.p.c „*cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*".

Astfel, fiecare parte litigantă are obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept „*probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*".

În speță, contestatorul s-a limitat la o invoca fără însă a argumenta și produce vreo probă care să demonstreze încadrarea modificărilor propunerii tehnice urmare a răspunsului la solicitările de clarificări în abatere tehnică minoră.

Hotărârea CJUE din data 10 octombrie 2013 pronunțată în cauza C 336/12, statuează în acest sens că:

„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).

38 Această concluzie, care privește ofertele prezentate de ofertanți, poate fi transpusă în cazul dosarelor de candidatură depuse în cadrul etapei de preselecție a candidaților la o procedură restrânsă.

39 Astfel, autoritatea contractantă poate solicita ca datele care figurează într-un astfel de dosar să fie corectate sau completate punctual, în măsura în care o asemenea cerere privește elemente sau date, precum bilanțul publicat, a căror anterioritate în raport cu expirarea termenului stabilit pentru depunerea candidaturii poate fi verificată în mod obiectiv.

40 Cu toate acestea, trebuie precizat că situația ar fi diferită dacă documentele contractului ar impune comunicarea înscrisului sau a informației care lipsește sub sancțiunea excluderii. Astfel, revine autorității contractante sarcina de a respecta cu strictețe criteriile stabilite chiar de ea (a se vedea în acest sens Hotărârea din 29 aprilie 2004, Comisia/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec., p. I 3801, punctul 115)".

De asemenea, 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".

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul să accepte drept concludent răspunsul contestatorului prin care acest ofertant și-a recunoscut erorile din ofertă și a inițiat o reală negociere cu autoritatea contractantă privind o modalitate favorabilă de evaluare a ofertei sale, aspect care rezultă din sintagma *„s-a greșit tehnoredactarea în loc de 2.392 mc s-a redactat 1.392 mc dar ne menținem oferta și vom realiza lucrările cu cantitatea de 2.392 mc (...) facem cunoscut faptul că deținem balastieră de agregate naturale – avem în stoc nisip natural de râu, cantitate, cantitate ce va fi inclusă în proiectarea finală prin redistribuirea valorică totală a ofertei conform art. 134 din HG nr. 395/2016*" sau din sintagma *„nu au fost prinse probele de etanșă în mod explicit, acestea se vor regăsi după activitatea de proiectare propriu-zisă*", având în vedere că prin acest demers ar fi determinat apariția unui avantaj evident în favoarea contestatorului cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, prin ignorarea prevederilor exprese și imperative ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 mai sus citate.

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 ... SRL iar prin răspunsul formulat acest ofertant și-a recunoscut erorile din oferta depusă, aspect care a condus, în mod corect, la respingerea ofertei sale în baza art. 137 alin. (1) coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 potrivit căreia *„În condițiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situații: a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini*".

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.

Consiliul nu poate reține criticile contestatorului referitoare la conținutul adresei de clarificări în condițiile în care acesta nu a contestat-o în termenul prevăzut la art. 8 din Legea nr. 101/2016.

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 concludența răspunsurilor.

Pasivitatea contestatorului în așteptarea rezultatului procedurii, care în fapt echivalează cu atitudinea culpabilă a acestuia, nu poate justifica inițierea la acest moment a unui demers judiciar întemeiat pentru eliminarea/modificarea aspectelor reclamate. Nu este permis ca ofertantul să rămână în expectativă pe durata intervalului cuprins între data solicitării clarificării și data comunicării rezultatului procedurii, sperând că va fi declarat câștigător și ulterior va încheia contractul de achiziție publică, iar după aflarea rezultatului să reclame solicitările autorității contractante considerate necesare pentru evaluarea ofertei.

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 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 trebuia să analizeze conformitatea tuturor ofertelor prezentate, cu respectarea principiului tratamentului egal consacrat de prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, raportat la toți operatorii economici participanți la procedura în cauză.

Față de cele mai sus menționate, Consiliul nu mai analizează restul criticilor sesizate cu privire la modalitatea nelegală de evaluare a ofertei contestatorului, atâta vreme cât din cauza motivelor antemenționate nu poate fi înlăturat caracterul neconform și inacceptabil al ofertei acestuia.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. f) 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 ..... SRL - SC ... SRL în contradictoriu cu COMUNA ..... .

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația formulată de Asocierea ..... SRL - SC .. în contradictoriu cu COMUNA ..... .

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 15 (cincisprezece) pagini.