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. 677/08.05.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 18341/08.05.2018, ... cu sediul în ....., înregistrată la ORC sub nr. ....având CUI RO .... reprezentată prin ....a solicitat ca în contradictoriu cu .... (denumită în continuare ....) cu sediul în comuna ....., în calitate de entitate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect: *„Modernizare și retehnologizare a sistemului de irigații SPP3 pe suprafața ...., Județul ....”* cod CPV ....să se dispună: anularea deciziei prin care oferta depusă de subscrisa a fost declarată ca neconformă conform prevederilor art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, așa cum rezultă din adresa de comunicare nr. 182 din 24.04.2018 și anularea actelor subsecvente întocmite și obligarea .... la declararea ofertei depuse de aceasta ca și conformă.

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

Contestatorul precizează că, prin adresa nr. 182/24.04.2018, i s-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/20169, din următoarele considerente: *„Perioada de garanție a lucrărilor, ofertată/asumată de dumneavoastră, este de 36 de luni (respectiv 3 ani) și prin urmare nu îndeplinește cerințele stabilite prin documentele achiziției, respectiv prin clarificări din oficiu nr. 69 din 25.09.2017, la pct. II.2”.*

Contestatorul precizează că a îndeplinit procedura notificării prealabile, prin notificarea nr. 614/30.04.2018, unde a precizat că

„Alăturat prezentei vă transmitem declarația cu privire la garanția de bună execuție a subscrisei, revizuită în conformitate cu cerințele din documentele achiziției stabilită prin clarificări din oficiu din 25.09.2017, la pct. II.2. Rugăm să aveți în vedere că la o solicitare din partea comisiei de evaluare, subscrisa transmite acesteia, toate și orice documente rectificate/corectate unde este cazul; rugăm să aveți în vedere că legislația în vigoare permite ofertanților să corecte anumite vicii de formă, conținut și/sau erori aritmetice care sunt considerate minore".

Autoritatea contractantă și-a menținut decizia cu privire la decizia luată, motivând că *„o eventuală acceptare nelegală a modificării propunerii tehnice ar intra sub incidența art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că societatea dumneavoastră ar fi avantajată față de ceilalți participanți, care au ofertat corespunzător"* totodată susținând că *„solicitarea de clarificări cu privire la perioada de garanție a lucrărilor ofertată nu intră sub incidența art. 134 din HG nr. 395/2016, care se referă la situații ce necesită detalieri, explicații, eventuale completări minore".*

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 1981/....-..../17.05.2018, în temeiul art. 20 din Legea nr. 101/2016, Consiliul a solicitat ...., următoarele: contractul de furnizare și toate anexele aferente acestuia, statutul și punctul de vedere.

Prin adresele înregistrate la CNSC sub nr. 19823/17.05.2018, nr. 20224/21.05.2018, nr. 20272/21.05.2018, nr. 20308/22.05.2018 și nr. 20392/22.05.2018, ..., transmite punctul de vedere cu privire la contestația în cauză, precum și documentele solicitate, respectiv: actul Constitutiv, statutul, contractul de finanțare nr. C 0430I000061582300058/ 02.03.2017, pentru acordarea ajutorului financiar nerambursabil în condițiile Programului Național pentru Dezvoltare Rurală, încheiat cu ...., precum și instrucțiunile privind achizițiile publice.

Autoritatea contractantă, prin punctul de vedre solicită Consiliului respingerea prezentei contestații ca fiind neîntemeiată, aceasta fiind susținută de argumentele prezentate mai jos.

a) Astfel, referitor la critica contestatorului *„Alăturat prezentei vă transmitem declarația cu privire la garanția de buna execuție a subscrisei, revizuită în conformitate cu cerințele din documentele achiziției stabilită prin clarificări din oficiu nr. 69 din 25.09.2017, la pct. II.2.; Rugăm să aveți în vedere că la o solicitare din partea comisiei de evaluare, subscrisa transmite acesteia, toate și orice documente rectificate/corectate unde este cazul; rugăm să aveți în vedere că legislația în vigoare permite ofertanților să corecteze anumite vicii de formă, conținut și/sau de erori aritmetice care sunt considerate abateri minore",* autoritatea contractantă precizează că activitatea comisiei de evaluare s-a desfășurat în strictă concordanță cu legislația în vigoare, critica contestatorului, raportată la aspectul în discuție (perioada de

garanție asumată de către ofertant, pentru lucrările executate) fiind eronată și netemeinică, din următoarele considerente:

1. Solicitarea de clarificări cu privire la perioada de garanție a lucrărilor ofertată/asumată, nu intră sub incidența art. 134 din HG nr. 395/2016, care se referă la situații ce necesită detalieri, explicații, eventuale completări minore *(„clarificări și completări formale sau de confirmare”*, conform art. 134 alin. (1).

2. Situația de față se referă la modificarea unui element definitoriu din propunerea tehnică, nefiind de natura celor prezentate/definite la art. 134 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că prezenta situație intră sub incidența prevederilor art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016, cu referire directă la prevederile de la lit. e), în documentele achiziției fiind solicitată explicit o perioadă de garanție a lucrărilor de 60 luni.

3. Totodată, autoritatea contractantă precizează că în situația de față nu este în discuție „corectarea anumitor vicii de formă, conținut și / sau de erori aritmetice care sunt considerate abateri minore”, aspecte aferente evaluării propunerii financiare, reglementată la art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016.

4. Dat fiind faptul că, prin documentele achiziției, a fost stabilită clar perioadă minima a lucrărilor ce fac obiectul viitorului contract, ca fiind de minim 60 de luni, (5 ani), această cerință se asumă de către ofertant în propunerea tehnică, întreaga ofertă, inclusiv propunerea financiară, raportându-se la perioada în care contractantul se obligă să remedieze orice defecțiune.

Interdependența dintre perioada de garanție acordată lucrărilor și calitatea/valoarea lucrărilor este susținută și de faptul că sistemele de irigații sunt sisteme de alimentare cu apă sub presiune (presiune la aripile de ploaie de 3,5 atm, ceea ce generează o presiune inițiala de aproximativ de 6 atm).

b) Autoritatea contractantă subliniază că respingerea ofertei contestatorului a avut ca motiv neîndeplinirea cerinței referitoare la garanția acordată lucrărilor și nu garanția de buna execuție, reglementată de art. 39 din HG nr. 395/2016, cum afirmă acesta atât în cadrul notificării prealabile, cât și în cadrul contestației.

c) Referitor la mențiunile *„clarificări formale”* și că i se refuză contestatorului dreptul *„de a beneficia de completări, confirmări, modificări minore*”, autoritatea contractantă precizează că clarificările depuse în perioada anterioară depunerii ofertelor, fac parte din documentele achiziției și sunt opozabile în totalitate tuturor ofertanților.

Desfășurarea procedurii de achiziție, prin SEAP, respectiv on line, asigură transparența maximă și respectarea termenelor de înștiințare a operatorilor economici interesați despre condițiile/cerințele achiziției.

Autoritatea contractantă precizează că nu există clarificări formale, deoarece toate documentele postate în SEAP sunt răspunsuri la solicitări

concrete ale *„pieței”* sau precizări privind cerințele de îndeplinit ale ofertelor, cum este cazul clarificării din oficiu nr. 69/25.09.2017.

Totodată autoritatea contractantă susține că operatorul contestator tratează subiectiv aspectul privind *„Declarația privind perioada de garanție a lucrărilor*", acordând importanță primordiala documentului, respectiv unui înscris.

Asumarea unei perioade de garanție a lucrărilor este dependentă clar de calitatea materialelor, a personalului și a tehnologiilor utilizate, deoarece în decursul perioadei respective, toate defecțiunile sunt remediate de prestator. În aceste condiții, o ofertă fundamentată și elaborată, care acoperă o perioadă de 3 ani nu poate fi asimilată simplist unei perioade de garanție a lucrărilor, de aproape două ori mai mare, respectiv 5 ani.

Faptul că operatorul contestator modifică cu ușurință perioada de garanție a lucrărilor din 3 în 5 ani, motivând că este un aspect minor, denotă faptul că nu cunoaște domeniul sau oferta sa nu a fost elaborată fundamentat.

4. Referitor la depunerea de către contestator a unei noi declarații, prin care *„Subsemnatul (...) reprezentant legal al ...., (...) declar pe propria răspundere că garanția lucrărilor executate este 60 luni”,* autoritatea contractantă susține că o eventuală acceptare nelegală a modificării propunerii tehnice ar intra și sub incidența art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în sensul că operatorul contestator ar fi fost avantajat față de ceilalți participanți, care au ofertat corespunzător.

Totodată, o acceptare de modificare a declarației privind perioada de garanție a lucrărilor ar reprezenta o încălcare a principiilor achizițiilor publice: *„transparența*" și *„tratamentul egal*", deoarece i s-ar aplica reguli diferite față de ceilalți ofertanți, noile reguli fiind modificate după depunerea ofertelor și în contradicție cu prevederile legislative în vigoare, pe care și le-a asumat în momentul participării la prezenta procedura.

d) Autoritatea contractantă precizează că în cazul în care comisia ar fi solicitat clarificări, și ar fi acceptat declarația menționată anterior, se modifica durata perioadei garanției lucrărilor la limita minim impusă din documentele achiziției, și pe cale de consecință, modificându-se propunerea tehnică, oferta ar fi devenit neconformă conform art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016).

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

...., în calitate de entitate juridică contractantă, a organizat procedura simplificată online, într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de lucrări, având ca obiect: *„Modernizare și retehnologizare a sistemului de irigații SPP3 pe suprafața ...., Județul ....”* cod CPV 45232120-9, publicând în SEAP anunțul de participare simplificat nr. ...., conform căruia, valoarea estimată a achiziției este de 2.383.360,81 lei.

Potrivit cap. IV.2.1) din anunțul de participare simplificat, criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Având în vedere:

- considerentele 23-25 din Ordonanța CJUE pronunțată în cauza C-353/18 „*procedurile specifice și riguroase prevăzute de directivele Uniunii Europene privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice se aplică numai contractelor a căror valoare depășește pragul prevăzut în mod expres în fiecare dintre directivele respective. Astfel, normele acestor directive nu sunt aplicabile contractelor a căror valoare nu atinge pragul stabilit de aceste directive (Hotărârea din 15 mai 2008, SECAP și Santorso, C 147/06 și C 148/06, EU:C:2008:277, punctul 19, Hotărârea din 16 aprilie 2015, Enterprise Focused Solutions, C 278/14, EU:C:2015:228, punctul 15, precum și Ordonanța din 7 iulie 2016, Sá Machado & Filhos, C 214/15, nepublicată, EU:C:2016:548, punctul 29). Or, reiese din cererea de decizie preliminară că valoarea estimată a contractului în discuție în litigiul principal a fost stabilită în anunțul de participare simplificat la 2.383.360,81 RON, aproximativ 511.000 EUR, ceea ce reprezintă mai puțin de 10 % din pragul prevăzut la articolul 4 litera (a) din Directiva 2014/24, stabilit la 5.225.000 EUR în cazul contractelor de achiziții publice de lucrări. Pe de altă parte, trebuie arătat că nu reiese în mod explicit din decizia de trimitere că ar exista o dispoziție în dreptul român care ar face ca Directiva 2014/24 să fie în mod direct și necondiționat aplicabilă în privința contractelor de achiziții publice a căror valoare nu atinge pragul relevant prevăzut la articolul 4 din aceasta sau care ar face o trimitere directă și necondiționată la dispozițiile Directivei 2014/24 (Hotărârea din 18 octombrie 1990, Dzodzi, C 297/88 și C 197/89, EU:C:1990:360, punctul 36, Hotărârea din 18 decembrie 2014, Generali Providencia Biztosító, C 470/13, EU:C:2014:2469, punctele 22-25, Ordonanța din 7 iulie 2016, Sá Machado & Filhos, C 214/15, nepublicată, EU:C:2016:548, punctul 33, precum și Ordonanța din 7 iulie 2016, M., C 129/15, EU:C:2016:540, punctul 26)”*,

- prevederile art. 7 alin. (2) Legea nr. 98/2016 „*Autoritatea contractantă **atribuie contractele de achiziție publică**/acordurile-cadru și organizează concursurile de soluții care privesc achiziții publice **a căror valoare estimată este mai mică decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1) prin aplicarea unei proceduri simplificate, cu respectarea principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2)***” și alin. (4) „***Condițiile și modalitățile de aplicare a procedurii simplificate prevăzute la alin. (2) presupun cel puțin termene mai scurte decât cele prevăzute în cuprinsul prezentei legi** și **formalități procedurale reduse față de cele prevăzute în cuprinsul acesteia** pentru atribuirea contractelor de achiziție publică, acordurilor-cadru și concursurilor de soluții a căror valoare estimată este mai mare decât pragurile corespunzătoare prevăzute la alin. (1)*” Consiliul în soluționare nu va aplica procedurile specifice și riguroase

prevăzute de directivele Uniunii Europene privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice transpuse prin Legea nr. 98/2016.

Procedând la soluționarea pe fond a contestație, Consiliul reține următoarele:

Contestatorul este nemulțumit de modalitatea în care .... a evaluat propunerea sa tehnică.

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de respingere a ofertei depuse de către ...., Consiliul constată următoarele:

În cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu, ... a menționat în mod expres că se dorește ca *„perioada de garanție a lucrărilor, așa cum este solicitată de autoritatea contractantă este de 60 de luni (5 ani)"* răspuns care pentru respectarea principiului transparenței expres reglementat de art. 2 alin. (2), conform art. 7 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, a fost publicat în SEAP sub identificatorul *„clarificari oficiu .... ([RFQ0101044/032] Clarificari oficiu .....docx.p7s)"* în data de 25.09.2017 orele 22:23.

Pentru respectarea principiului transparenței, tratamentului egal și al nediscriminării, autoritatea contractantă a elaborat un înscris denumit *„fișa de date a achiziției"* înscris necesar operatorilor economici în vederea elaborării ofertelor în conformitate cu necesitatea sa, astfel că la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, ... a menționat că *„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnica trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini*".

Analizând modalitatea în care .... a structurat specificațiile tehnice ale lucrării astfel cum au fost ele completate prin clarificări, se poate desprinde concluzia că necesitatea acesteia constă în executarea unei lucrări a cărei perioadă de garanție să fie de 60 de luni (5 ani).

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul înscrisului în care este detaliată necesitatea nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține .....

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestor cerințe antemenționate, contestatorul a ales să depună oferta tehnică, sens în care a ofertat o lucrare cu un termen de garanție de 36 de luni astfel cum rezultă din pag. 1 din propunerea sa tehnică.

Propunerea tehnică reprezintă actul juridic prin care operatorii economici își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică.

Rezultă fără putință de tăgadă faptul că lucrarea ofertată de către contestator nu respectă cerința cu privire la perioadă de garanție, astfel lucrarea ofertată nu corespunde necesității .... astfel cum a fost detaliată în cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu care

completează descrierea necesității acesteia detaliată în înscrisul intitulat *„caiet de sarcini*”.

Din analiza ofertei depusă de către societatea contestatoare, nu rezultă că aceasta și-a asumat responsabilitatea de a executa o lucrare cu caracteristicile minime stabilite de către .... în cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu.

Prin depunerea ofertei, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații elaborate de către .... pentru atribuirea contractului având ca obiect *„Modernizare și retehnologizare a sistemului de irigații SPP3 pe suprafața ...., Județul ....”*, deci implicit și cerințele expres detaliate în cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu.

Astfel că potrivit solicitării .... din cadrul înscrisului denumit *„fișa de date a achiziției*” înscris necesar operatorilor economici în vederea elaborării ofertelor în conformitate cu necesitatea sa, avea obligația de a elabora oferta în conformitate cu prevederile din caietului de sarcini astfel cum a fost clarificat prin clarificarea nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu.

Faptul că perioadă de garanție ofertată de contestator nu corespunde cerințelor din clarificarea nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu, rezultă și din Raportul de specialitate nr. 2 înregistrat la .... sub nr. 171/20.04.2018 (pag. 133 din dosarul trimis de aceasta la cu adresa nr. 200/15.05.2018) în cadrul căruia este menționat faptul că perioada de garanție ofertată de contestator este de 36 de luni și nu de 60 de luni.

Din cadrul propunerii tehnice depuse de către contestator rezultă voința juridică expresă a acestui de a se angaja din punct de vedere juridic în acest contract ofertând o lucrare cu o perioadă de garanție de doar 36 de luni.

În cazul în care documentația elaborată de .... în vederea atribuirii acestui contract sau clarificările acesteia ulterioare, referitoare la aceste înscrisuri, erau considerate ca fiind contradictorii/eronate/ambiguu formulate sau abuzive sau imposibil de îndeplinit, contestatorul avea dreptul potrivit prevederilor legale la momentul inițierii procedurii, respectiv data de 08.09.2017 (data publicării invitației de participare) și respectiv data de 25.09.2017 (data publicării clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu în SEAP) de a notifica și ulterior contesta, potrivit prevederilor legale de la momentul luării la cunoștință a acestora, respectiv de la data publicării acestora în SEAP.

Ori, în aceste condiții, Consiliul apreciază că .... a procedat corect respingând oferta depusă de contestator ca fiind neconformă.

Consiliul va reține că riscul 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 .... a menționat în mod expres, în cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu, care

este perioadă de garanție aferentă lucrării ce face obiectul acestei proceduri.

În aceste condiții, comisia de evaluare nu avea dreptul nici să solicite și/sau accepte ofertarea altor termene de către contestator, având în vedere că un astfel de demers ar fi constituit avantaj evident în favoarea contestatorului în speță transformarea unei oferte neelaborată corespunzător documentației de atribuire (sancționată de legiuitor cu respingerea ca neconformă), într-una conformă, motivat de faptul că perioada de garanție, era parte din propunerea tehnică a contestatorului și astfel ar fi fost încălcate principiile tratamentului egal și al nediscriminării.

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. Documentația de atribuire (forma modificată anterior datei limită de depunere a ofertelor) devine obligatorie atât pentru ...., cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

Prin depunerea ofertelor, contestatorul și-a însușit conținutul întregii documentații de atribuire, deci implicit și conținutul înscrisului intitulat fișa de date a achiziției, al caietului de sarcini și al clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu, motiv pentru care avea obligația, de a elabora oferta în conformitate cu prevederile acestora.

Față de aceste aspecte, Consiliul reține faptul că prin oferta depusă, contestatorul nu a făcut dovada conformității specificațiilor tehnice oferite cu cerințele minimale obligatorii stabilite în cadrul clarificării nr. 69 din data de 25.09.2017 din oficiu și care reprezintă necesitatea / exigențele autorității contractante.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor tehnice prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este nefondată, urmând să fie respinsă.

Consiliul nu poate lua în considerare declarația din data de 30.04.2018 depusă de contestator ca și anexă la notificarea prealabilă nr. 614/30.04.2018, prin care declară că *„garanția lucrărilor executate este de 60 de luni”* având în vedere faptul că această declarație este elaborată ulterior depunerii și evaluării ofertelor (după cca. 6 luni de la data de 04.10.2017 dată de depunere a ofertelor), acceptarea unei astfel de modificării a propunerii tehnice ar încălca grav principiile reglementate de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, în forma în vigoare la data transmiterii contestației, Consiliul

va respinge ca nefondată contestația formulată de către .... în contradictoriu cu .....

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată contestația depusă de ...., în contradictoriu cu ....

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 9 (nouă) pagini