CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) 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 Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., formulată de SC ..... SA, cu sediul în ....., ……, înregistrată în registrul comerțului cu nr. ....., având CIF ....., reprezentată legal prin ..... – director general adjunct și prin împuternicit ing. ……. – director tehnic Sucursala Sebeș, lider al asocierii ..... SA – ..... SRL, împotriva adresei nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului, emisă de ....., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în ...., județul ....., în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Servicii de proiectare și execuție pentru «reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul .....»”, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat anularea actului atacat și reluarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică prin includerea ofertei în categoria celor admisibile.

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

Prin contestația de față, SC ..... SA contestă adresa nr. ...../....., reprezentând comunicarea rezultatului procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În prezenta procedură SC ..... SA a depus ofertă, fiindu-i solicitate din partea autorității contractante o serie de clarificări

referitoare la propunerea tehnică prin adresa nr. ……../14.03..... La această solicitare, contestatorul a răspuns prin adresa nr. ……....., punându-i la dispoziție și procedura tehnică de execuție pentru parapeți metalici, folosită la întocmirea ofertei.

Ulterior, autoritatea contractantă a respins, prin adresa nr. ...../....., oferta în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1), fără a fi menționat actul normativ din care a invocat articolele.

Referitor la motivele pentru care oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, contestatorul precizează:

Nu s-a regăsit nicăieri în cadrul documentației publicate în SEAP o listă explicită de proceduri tehnice de execuție pe care autoritatea contractantă le dorea detaliate. Mai mult, întrucât obiectul contractului este proiectare și execuție lucrări, nu există caiete de sarcini în care să fie explicitate și solicitate anumite tehnologii de execuție, acestea urmând a fi întocmite de ofertantul declarat câștigător.

Astfel, în lipsa unei liste explicite de proceduri pe care autoritatea contractantă le dorea detaliate de către ofertanți, precum și a unor caiete de sarcini, societatea contestatoare a depus în cadrul propunerii tehnice, conform cerinței din fișa de date Cap. IV.4.1), o listă de proceduri pentru lucrările pe care le-a considerat ca fiind principale.

Procedura tehnică de execuție pentru parapeți metalici a fost transmisă de contestator, prin răspunsul nr. ……....., în scopul de a demonstra autorității contractante faptul că dispunea de o astfel de procedură, iar prevederile acesteia au fost folosite la fundamentarea prețurilor din cadrul propunerii financiare.

Nu consideră că acest aspect reprezintă modificarea ofertei inițiale, așa cum a susținut, autoritatea contractantă, întrucât nu s-a solicitat nicăieri prezentarea în ofertă a unei proceduri pentru execuție parapeți metalici, ci justificarea faptului că deține astfel de proceduri și cunoștea aceste tehnologii de execuție.

Răspunsul societății contestatoare la solicitarea de clarificări a autorității contractante nu a modificat în niciun fel propunerea financiară și nu a constituit un criteriu pentru a declara oferta ca fiind „inacceptabilă" și „respinsă" prețul ofertat nefiind modificat, și nici clasamentul ofertanților, conform prevederilor art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, în cadrul aceluiași răspuns la solicitarea de clarificări, contestatorul i-a prezentat autorității contractante, descrieri suplimentare ale unor lucrări, iar acest fapt nu a fost interpretat ca o modificare a ofertei tehnice.

Aceste aspecte au fost învederate autorității contractante prin notificarea prealabilă nr. …… întocmite conform prevederilor din capitolul II din Legea nr. 101/2016 și a fost transmisă în termenul prevăzut la art. 5 din aceeași lege.

În răspunsul autorității contractante nr. ……../19.04..... la notificarea prealabilă, aceasta a declarat că își menține decizia

comunicata prin adresa „comunicare .....", iar în susținerea deciziei a adus unele argumente.

Autoarea contestației consideră că argumentele autorității contractante au fost neadevărate și abuzive. Astfel, precizează următoarele:

SC ..... SA nu contestă și nici nu a contestat prevederile documentației de atribuire, pe care și-a asumat-o la momentul depunerii ofertei. Contestatorul critică faptul că autoritatea contractantă a declarat oferta ca „inacceptabilă" și „respinsă" susținând că nu ar conține documente care nu au fost solicitate în documentația de atribuire. Dacă autoritatea contractantă solicita prezentarea anumitor proceduri tehnice de execuție, ar fi trebuit să le ceară explicit printr-o listă din documentația de atribuire. Însă, autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanților întocmirea unei liste proprii. Societatea contestatoare consideră că solicitarea ulterioară, din partea autorității contractante, pentru prezentarea unor anumite documente nesolicitate prin documentația de atribuire este tardivă, și în niciun caz nu poate constitui motiv de respingere a ofertei.

Prin răspunsul transmis la solicitarea de clarificări nr. ……../14.03....., contestatorul a dat dovadă de transparență și bunăvoință, întrucât a justificat autorității contractante faptul că deține o astfel de procedură, a cărei prevederi au și fost întrebuințate în fundamentarea prețurilor din propunerea financiară, deși nu era obligat să prezinte documente suplimentare cerințelor explicite din documentația de atribuire și ar fi putut pune în vedere autorității contractante faptul că solicitarea acesteia este tardivă și suplimentară față de documentația de atribuire. Consideră catalogarea răspunsului ca fiind „neconcludent", abuzivă atâta vreme cât autoritatea contractantă avea posibilitatea să ceară lămuriri suplimentare, întrucât prin oferta sa și prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu a încălcat prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016.

Contestatorul nu a menționat, așa cum a susținut autoritatea contractantă, nici în cadrul notificării prealabile și nici în cadrul răspunsului nr. ……..... la solicitarea de clarificări, faptul că a adus completări propunerii tehnice. Autoritatea contractantă a ales să interpreteze notificarea prealabilă și răspunsul la solicitarea de clarificări într-un mod abuziv și eronat. În plus, nu se puteau aduce „completări" ofertei depuse prin intermediul unei notificări prealabile.

În opinia contestatorului, demersul societății contestatoare nu a fost tardiv și s-a înscris în termenele menționate în art. 5 și art. 6 din Legea nr. 101/2016.

În concluzie, contestatorul consideră nejustificată și abuzivă declararea ofertei ca inacceptabile pentru faptul că nu a prezentat în cadrul propunerii tehnice o procedură de execuție atâta vreme cât această procedură nu a fost solicitată în mod explicit sau deductibil.

Prin răspunsul nr. ……..... la solicitarea de clarificări a autorității contractante, societatea contestatoare a intenționat să explice un aspect tehnic care a fost deja cuprins în cadrul propunerii financiare, și, în niciun caz, nu și-a modificat oferta.

Prin răspunsul ..... SA la solicitarea de clarificări nu s-au încălcat, sub nicio formă, prevederile art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, întrucât nu s-a modificat prețul sau calitatea ofertei.

În adresa nr. ...../..... nu s-au regăsit explicitate clar și concret motivele pentru care autoritatea contractantă a respins oferta depusă de ..... SA, nefiind menționat nici actul normativ în baza căruia s-a luat această decizie.

Motivele invocate de autoritatea contractantă au fost abuzive, subiective și nu au respectat HG nr. 395/2016.

Răspunsul la solicitarea de clarificări, precum și documentele anexate în acesta nu au reprezentat modificarea ofertei, iar acceptarea lor nu reprezintă un tratament discriminatoriu, așa cum a concluzionat autoritatea contractantă.

În drept, SC ..... SA își sprijină contestația pe dispozițiile legale invocate în cuprinsul acesteia.

Prin adresa nr. ……../02.05....., înregistrată la Consiliu sub nr. ……/07.05....., autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere cu privire la contestație, solicitând respingerea acesteia ca nefondată.

În preambul, autoritatea contractantă prezintă un scurt istoric al modului de desfășurare a procedurii, arătând că, documentația de atribuire, împreună cu solicitările de clarificări și răspunsurile aferente au fost puse la dispoziția operatorilor economici, prin încărcarea acestora în SEAP.

Potrivit autorității contractante, orice critică la documentația de atribuire este tardivă raportat la termenul stabilit de legiuitor prin Legea nr. 101/2016.

Astfel, prin documentația de atribuire și fișa de date, s-au adus la cunoștința ofertanților cerințele minime care trebuie îndeplinite de toți ofertanții, în vederea declarării ofertelor conforme și admisibile. Lipsa descrierilor complete duce la declararea ofertelor neconforme și inacceptabile.

Autoritatea contractantă menționează că, în cadrul ofertei tehnice a contestatorul, nu s-a regăsit procedura tehnică „parapeți metalici”, fiind doar o listă a procedurilor tehnice aplicabile contractului în cauză.

Urmare a celor antemenționate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației formulate de SC ..... SA.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect

„Servicii de proiectare și execuție pentru «reabilitare și modernizare rețele de drumuri în ....., județul .....»”, sens în care a publicat, în SEAP, anunțul de participare ...../15.01..... Valoarea estimată a contractului este de 12.427.916, 23 lei, iar criteriul de atribuire este „prețul cel mai scăzut”.

Anterior, pe rolul Consiliului s-a aflat dosarul nr. ...../..... Prin Decizia nr. ……../……../..... din 30.03....., Consiliul a admis, în parte, contestația formulată de SC …… SRL, a obligat autoritatea contractantă la anularea procesului-verbal nr. ……../....., a adresei nr. ……/20.02..... de comunicare a rezultatul etapei de evaluare a DUAE, precum și a actelor subsecvente și dependente de actele anulate, în partea ce privește oferta depusă de contestator.

Autoritatea contractantă a comunicat asocierii ..... SA-..... SRL, prin adresa nr. ...../....., respingerea ofertei ca inacceptabilă, în baza art. 134 alin. (5) și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu următoarea motivare:

Comisia de evaluare constata ca nu ati prezentat descrierea succesiva a procedurii tehnice de execuţie pentru parapeti metalici in cadrul propunerii tehnice depuse iniţial, iar completarea ulterioara cu aceasta ar duce la incalcarea prevederilor art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea 98/2016.

Împotriva respingerii ofertei sale, cu argumentele evocate mai sus, ulterior notificării prealabile a autorității și primirii răspunsului din partea acesteia considerat nemulțumitor, asocierea ofertantă, prin liderul ..... SA, a învestit Consiliul, în termenul legal, cu soluționarea contestației care formează obiectul prezentei cauze.

În soluționarea cauzei, Consiliul reține următoarele:

Prin fișa de date a achiziției, la pct. *IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice/ Pentru executie,* s-a solicitat*: […]*

• *Lista procedurilor tehnice de executie a tuturor obiectelor si categoriilor de lucrari care urmeaza sa fie aplicate la realizarea obiectivului de investitii, precum si procedurile tehnice de executie indicate in lista.*

În documentul intitulat Cap.3.1 Partea Scrisa ..... def-12.12.2017 (parte a documentației de atribuire), ce conține Documentația de avizare a lucrărilor de intervenție, la pag. 18/ cap. 4. Concluziile expertizei tehnice și după caz ale auditului energetic, concluziile studiilor de diagnosticare, se menționează:

d) Recomandarea intervențiilor necesare pentru asigurarea funcționării conform cerințelor și conform exigențelor de calitate.

Principalele lucrări necesare pentru modernizarea drumurilor comunale și a străzilor sunt următoarele:

- *refacerea drumurilor cât mai aproape de actualul amplasament;*
- *reprofilarea și betonarea șanțurilor (unde se impune) de scurgere a apelor;*

- *asigurarea continuității șanțurilor în zonele de racord cu drumurile laterale ;*
- *reparația podețelor dalate;*
- *executarea podețelor noi pentru descărcarea șanțurilor;*
- *executarea unei structuri rutiere moderne;*
- *realizarea semnalizării orizontale și verticale;*

Prin executarea lucrărilor prevăzute în prezenta documentație se va realiza siguranța în exploatare a drumurilor, obiectiv prioritar în activitatea de administrare a rețelelor de drumuri.

La pag. 377 din propunerea tehnică, ofertantul a prezentat *Lista procedurilor tehnice de execuție*

Nr. crt.	Denumire Document	Cod document
1	Pregătire fundaţii drumuri	*PTE 1.3 - 02*
2	Lucrări de terasamente la infrastructura drumuri	*PTE 1.3-03*
3	Strat de fundaţie din balast	*PTE 1.3-01*
4	Strat de fundaţie din piatra sparta	*PTE 1.3-02/1*
5	Drumuri si platforme de parcare	*PTE III. 7- 01*
6	Execuţie imbracaminti bituminoase cilindrate efectuate la cald	*PTE III. 7- 07*
7	Amenajări pentru colectarea si scurgerea apelor pluviale	*PTE-01*
8	Semnalizare rutiera orizontala	*PTE- 02*
9	Semnalizare rutiera verticala	*PTE- 03*
10	Trasarea lucrărilor de detaliu	*PTE TOPO 02*
11	Cofrarea elementelor de construcţii din beton si beton armat	*PTE IV.2-01*
12	Armarea elementelor de construcţii din beton armat	*PTE III. 9-02*
13	Prepararea betonului in statii centralizate	*PTE III.2 - 03*
14	Turnarea betonului	*PTE-II 1.4-02*
15	Podeţe tubulare	*PTE III. 7-05*

De asemenea, ofertantul a descris procedurile din tabelul de mai sus.

Consiliul constată că ofertantul a stabilit 15 proceduri tehnice de execuție (PTE), pornind de la cele 7 lucrări principale necesare pentru modernizarea drumurilor comunale și a străzilor, descrise la pag. 18 din *Documentația de avizare a lucrărilor de intervenție.*

Luând în considerare obiectul contractului supus atribuirii, proiectare și execuție, ofertanții au avut libertatea ca, în funcție de proiectul pe care-l vor realiza, să propună PTE-uri, cu atât mai mult cu cât, nici prin documentația de avizare și nici prin fișa de date autoritatea contractantă nu a stabilit nicio limitare a acestei liste.

În adresa de comunicare a respingerii ofertei, din cauza neprezentării PTE pentru parapeții metalici, autoritatea contractantă nu a menționat care dintre cerințele din caietul de sarcini nu ar fi fost respectată prin lipsa acestei PTE, ci doar a înscris o încălcare a principiului tratamentului egal.

Acest argument nu poate fi reținut ca pertinent de Consiliu, din moment ce unitatea achizitoare nu a stabilit o listă a PTE-urilor ce ar fi trebuit prezentate și nici nu a determinat avantajul care i s-ar fi produs ofertantului prin acceptarea documentului anexat la răspunsul din 19.03..... (printre care și PTE pentru parapeți metalici).

Comisia de evaluare, în virtutea obligației impuse de art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016, trebuie să verifice conformitatea propunerilor tehnice ale ofertanţilor cu prevederile caietului de sarcini, să stabilească cerințele nerespectate. Așadar, dispozițiile documentației de atribuire sunt obligatorii nu numai pentru ofertanți, ci și pentru autoritatea contractantă care, în selectarea ofertantului câștigător, trebuie să le aplice și să analizeze, în mod egal, ofertele. Astfel, comisiei de evaluare, prin prisma principiului transparenței, îi este interzisă o libertate de interpretare a caietului de sarcini dacă nu există prevederi clare, precise, în ceea ce privește elaborarea procedurilor tehnice de execuție.

În acest sens s-a pronunțat și CJUE, în cauza C- 76/16 , Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s. împotriva Úrad pre verejné obstarávanie:

[…] *principiul egalității de tratament impune ca ofertanții să dispună de aceleași șanse în formularea ofertelor lor și implică, așadar, ca aceste oferte să fie supuse acelorași condiții pentru toți ofertanții. Pe de altă parte, obligația de transparență, care constituie corolarul principiului egalității de tratament, are ca scop să garanteze absența riscului de favoritism și de arbitrar din partea autorității contractante. Această obligație implică formularea tuturor condițiilor și modalităților procedurii de atribuire în mod clar, precis și neechivoc în anunțul de participare sau în caietul de sarcini, astfel încât, în primul rând, să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și obișnuit de diligenți să le înțeleagă conținutul exact și să le interpreteze în același mod și, în al doilea rând, să permită autorității contractante să verifice efectiv dacă ofertele prezentate de ofertanți corespund criteriilor care guvernează contractul în cauză.*

În concluzie, acceptarea PTE pentru parapeți, prezentată ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări, nu poate reprezenta un avantaj ce s-ar fi creat asocierii ofertante, din moment ce o asemenea procedură nu s-a impus, explicit, prin documentația de atribuire.

Pe de altă parte, dacă s-ar considera că, prin prezentarea acestui PTE pe calea răspunsului, s-ar completa oferta, comisia de evaluare este ținută să verifice, cu prioritate, incidența dispozițiile art. 134 alin. (6)-(9) din HG nr. 395/2016:

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

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

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

b)reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a preţului total al ofertei, indusă de aceste

corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

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

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

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

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

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

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

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

Or, Consiliul observă că nu a fost realizată o verificare sub aspectul încadrării în abatere tehnică minoră. Respingerea ofertei pentru lipsa unei proceduri este o măsură disproporționată, fiind considerată excesivă de către Consiliu, în condițiile în care nici nu a fost impusă prin documentația de atribuire și nu există nicio prevedere expresă în anunțul de participare prin care nu se permite nicio abatere de la această cerință a documentației de atribuire, cerință care, de altfel, nu are o prezentare exactă/clară.

În consecință, în lipsa unor prevederi clare în documentația de atribuire, îi este interzis comisiei de evaluare să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele din caietul de sarcini.

O astfel de conduită se regăsește și în concluziile Avocatului

General din cauza C-324/14 Partner Apelski Dariusz împotriva Zarząd

Oczyszczania Miasta:

[…] obligația de transparență are ca scop să garanteze că este înlăturat riscul de arbitrar din partea autorității contractante și că principiul egalității de tratament și obligația de transparență interzic autorității contractante să respingă o ofertă care îndeplinește cerințele prevăzute în cererea de ofertă pe baza unor motive care nu au fost prevăzute în cererea de ofertă menționată. Observăm totodată că, potrivit articolului 23 alineatul (2) din Directiva 2004/18, specificațiile

tehnice „trebuie să permită accesul egal al ofertanților și să nu aibă ca efect impunerea unor obstacole nejustificate în calea concurenței în ceea ce privește lansarea procedurilor de achiziții publice”, în timp ce articolul 23 alineatul (3) litera (c) prevede că specificațiile tehnice pot include cerințe legate de performanță.

Pentru argumentele de mai sus, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, va admite contestația formulată de SC ..... SA, și va anula procesul-verbal nr. ……/....., în ce privește oferta depusă de contestator precum și adresa nr. ...../..... de comunicare a rezultatului evaluării tehnice. Va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii, să reevalueze propunerea tehnică a asocierii, conform celor de mai sus.

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

Admite contestația formulată de SC ..... SA, în contradictoriu cu ....., și anulează procesul-verbal nr. ……/....., în ce privește oferta depusă de contestator, precum și adresa nr. ...../..... de comunicare a rezultatului evaluării tehnice. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta asocierii ..... SA – ..... SRL, conform celor din motivare, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

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

Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

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

Redactată în ……. exemplare, conține ……. pagini