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, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. TKRM/BUS/CEO/16449/18.03.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11394/20.03.2018, depusă de SC ... SA, cu sediul în ..., CUI RO..., înregistrata la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., reprezentată de ... - reprezentant vânzări, privind procedura de licitație deschisă, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritatea contractantă, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie mobilă”, s-a solicitat Consiliului:

- anularea adresei nr. 4122/01.03.2018, privind declararea neconformă a ofertei depuse de ... SA;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SA, cu respectarea aspectelor ce vor fi reținute în cadrul motivării deciziei CNSC.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SC ... SA critică decizia de respingere, ca neconformă, a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 4122/01.03.2018, motivat de faptul că, prin răspunsul din data de 15.02.2018 la solicitarea de clarificări nr. 3036/13.02.2018, ar fi modificat propunerea tehnică, apreciind că autoritatea contractantă a plecat de la o premisă total eronată, respectiv că nu ar fi îndeplinit inițial cerința de la punctul 2.1.5 din caietul de sarcini, chestiune nereală și infirmată ulterior chiar de către ofertantă.

În fapt, contestatoarea arată că, în considerarea modului în care este formulată cerința de la punctul 2.1.5. din caietul de sarcini, respectiv: *„Viteza de transfer a datelor mobile va fi de minim 128 kbps și*

după consumarea traficului indus", și ținând seama de caracterul său obligatoriu, este evident că răspunsul ofertanților nu putea fi altul decât acela că îndeplinesc cerința în cauză, orice alt răspuns ar fi atras descalificarea automată, așa cum se prevede în caietul de sarcini: *„Nerespectarea de către ofertant a oricăreia dintre cerințele obligatorii detaliate în caietul de sarcini, duce automat la descalificarea ofertantului respectiv".*

Privitor la acest aspect, contestatoarea arată că, în cadrul propunerii tehnice depuse, nu era menționat modul de îndeplinire a cerinței prevăzută la punctul 2.1.5 din caietul de sarcini, din motive ce țin exclusiv de o eroare de tehnoredactare a documentului, iar, în urma solicitării de clarificări nr. 3036/13.02.2018, prin intermediul răspunsului din data de 15.02.2018, aceasta a confirmat îndeplinirea cerinței menționate, nefiind vorba, în acest caz, despre o modificare a propunerii tehnice, câtă vreme, prin răspunsul la solicitările de clarificare, nu a modificat niciun parametru tehnic.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă a persistat în eroare, interpretând, în mod greșit situația de fapt și nu a avut o vedere de ansamblu a textelor legale aplicabile acestei spețe, respingându-i oferta, în baza dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG 395/2016, în condițiile în care este vorba despre un simplu viciu de formă, fiind pe deplin aplicabile prevederile art. 135 alin. (3) din același act normativ.

În susținere, petenta învederează că, din simpla lecturare a întregii propuneri tehnice, se poate lesne observa că are și a avut, în permanență, intenția de îndeplini, în mod complet, toate cerințele autorității contractante, aspect confirmat și ulterior.

De asemenea, contestatoarea subliniază că, prin confirmarea îndeplinirii cerinței de la punctul 2.1.5., nu beneficiază de niciun avantaj incorect față de ceilalți participanți la procedura de atribuire, întrucât eroarea de redactare nu are nicio influență asupra ofertei financiare.

Totodată, contestatoarea consideră că, având în vedere prevederile art. 209 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă nu ține cont de scopul solicitărilor de clarificări și creează motive artificiale pentru descalificarea sa, deoarece, indiferent de modul în care SC ... SA ar fi răspuns la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă ar fi adoptat aceeași măsură.

În drept, contestatoarea invocă dispozițiile art. 2 alin. (2) și art. 8 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, art. 134 alin. 970, art. 135 alin. 930 din HG nr. 395/2016, și art. 209 din Legea nr. 98/2016.

În probațiune, se depun, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 6080/IM/27.03.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 12453/27.03.2018, autoritatea contractantă solicită respingerea, ca netemeinică și nelegală, a contestației SC ... SA, ca și menținerea ca temeinice și legale a prevederilor procesului-verbal nr. 4081/IM/28.02.2018 și ale comunicării nr. 4122/IM/01.03.2018, având în vedere următoarele aspecte:

- prin adresa nr. 3036/IM/13.02.2018, i s-au solicitat ofertantului contestator clarificări privind: viteza de transfer a datelor mobile va fi de minim 128 kbps și după consumarea traficului inclus și caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile oferite;

- SC ... SA a postat în termen, în SEAP (nr. SEAP, OP0025265/049/15.02.2018), adresa nr. 150218/TKRM/BUS/ICM/163705/15.02.2018, înregistrată la ... cu nr.3299/16.02.2018;

- comisia de evaluare a constatat, printre altele, că, prin răspunsul dat la prima solicitare de clarificări, privind viteza de transfer a datelor mobile de minim 128 kbps, și după consumarea traficului inclus, ofertantul SC ... SA a completat propunerea tehnică și, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin (6) din HG nr. 395/2016, aceasta este neconformă;

- comisia de evaluare a hotărât respingerea, ca neconformă, a propunerii tehnice prezentate de SC ... SA, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, deoarece, prin răspunsul său, a completat conținutul propunerii tehnice prezentată inițial.

Autoritatea contractantă atrage atenția supra faptului că însuși ofertantul afirmă, în contestație, că din culpa sa exclusivă nu a existat în oferta inițială nicio referire la satisfacerea unei cerințe obligatorii a caietului de sarcini (pag. 3 par. 2).

În susținerea bunei sale credințe și a aplicării juste a textelor prevăzute de art. 134 alin. (7), art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, coroborate cu art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă invocă faptul că s-au acceptat de către comisie clarificările, în acest caz.

De asemenea, autoritatea contractantă subliniază faptul că, una din condiționalitățile rezultate din coroborarea textelor legale sus enunțate nu este îndeplinită, anume *„susținerea neechivocă a răspunsului la clarificări de sensul sau conținutul unor informații existente inițial în alte documente sau a căror completare nu este susceptibilă de a crea un avantaj incorect față de ceilalți participanți”,* niciun alt document nu susține satisfacerea respectivei cerințe, iar acceptarea completării ar duce la un dezavantaj creat celorlalți ofertanți, care au depus diligentele necesare și au asigurat satisfacerea tuturor cerințelor caietului de sarcini, odată cu depunerea ofertei tehnice inițiale.

În consecință, autoritatea contractantă susține că nu putea considera conformă oferta contestatorului decât cu încălcarea dispozițiilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, drept pentru care nu a dat curs notificării prealabile, considerând contestația neîntemeiată.

În probațiune, autoritatea depune copii ale documentelor din dosarul achiziției publice.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de licitație deschisă în vederea încheierii unui acord-cadru având ca obiect „Servicii de telefonie mobilă”, publicând în SEAP anunțul de participare nr. ..., criteriul de atribuire stabilit fiind „prețul cel mai scăzut”, cu o valoare estimată cuprinsă între 1.918.146 lei și 2.346.822 lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în cadrul aceleiași proceduri, a fost formulată contestația nr. 454/13.02.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 6031/14.02.2018, depusă de SC ... SA, soluționată prin decizia nr. .... Prin aceasta decizie, Consiliul a admis capătul de cerere principal din contestația depusă de SC ... SA în contradictoriu cu ..., a anulat actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei și a obligat autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată SC ... SA, prin adresa nr. 4122/IM din 01.03.2018, în care se arată că oferta acestei societăți a fost declarată neconformă, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (6) și art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, deoarece, prin răspunsul dat la solicitarea de clarificări privind viteza de transfer a datelor mobile de minim 128 kbps și după consumarea traficului inclus, a modificat propunerea tehnică.

Împotriva acestei decizii a autorității contractante, SC ... SA a înaintat Consiliului contestația de față (îndeplinind procedura notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând:

- anularea adresei nr. 4122/01.03.2018, privind declararea neconformă a ofertei depuse de ... SA;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei ... SA, cu respectarea aspectelor ce vor fi reținute în cadrul motivării deciziei CNSC.

Verificând legalitatea deciziei autorității contractante de a respinge oferta SC ... SA, Consiliul reține că, în conformitate cu prevederile art. 209 alin (1) din Legea 98/2016 privind achizițiile publice, coroborate cu prevederile art. 134 alin (1) și ale art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, prin adresa nr. 3036/IM din 13.02.2018, autoritatea contractantă solicită SC ... SA să clarifice cum înțelege să îndeplinească următoarele cerințe din caietul de sarcini care prevăd:

„2.1.5 Viteza de transfer a datelor mobile va fi de minim 128 kbps și după consumarea traficului inclus (răspunsul la aceasta cerință nu e precizat).

3.1.5 Caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile oferite, deoarece acestea nu sunt precizate în propunerea tehnică înaintată, deși faceți trimitere să consultăm caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile oferite, atașate la oferta Dv.”

SC ... SA a răspuns prin adresa nr. 150218/TKRM/BUS/ICM/163705 din 15.02.2018, astfel:

„Întrebarea 1

1. Cum înțelegeți să îndepliniți următoarele cerințe din caietul de sarcini care prevăd:

2.1.5 Viteza de transfer a datelor mobile va fi de minim 128 kbps și după consumarea traficului inclus (răspunsul la această cerință nu e precizat).

Răspuns: După consumarea traficului de date mobile inclus ... SA confirmă faptul că viteza de transfer a datelor mobile va fi de minim 128 kbps.

3.1.5 Caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile oferite, deoarece acestea nu sunt precizate în propunerea tehnică înaintată, deși faceți trimitere să consultăm caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile oferite, atașate la oferta Dvs.

Răspuns: ... SA anexează prezentei caracteristicile tehnice ale terminalelor mobile ofertate".

Ulterior, autoritatea contractanta a decis respingerea ofertei SC ... SA neconformă, motivat de faptul că, prin răspunsul dat la solicitarea de clarificări privind viteza de transfer a datelor mobile de minim 128 kbps și după consumarea traficului inclus, a modificat propunerea tehnică. Baza legală a reținerii caracterului neconform al ofertei SC ... SA, stabilită de autoritatea contractantă potrivit adresei nr. 4122/IM din 01.03.2018, este reprezentată de următoarele dispoziții:

- art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016: *„Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerinţele prezentate în documentele achiziţiei, a fost primită cu întârziere, prezintă indicii de înţelegeri anticoncurenţiale sau corupţie sau a fost considerată de autoritatea contractantă ca fiind neobişnuit de scăzută."*

- art. 134 alin. (6) HG nr. 395/2016: *„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."*

Însă, ce nu rezultă din actele emise de autoritatea contractantă în procedură este analiza pe care aceasta ar fi trebuit să o realizeze, cu privire la chestiunea ce a constituit motiv de respingere a ofertei, prin prisma aplicării integrale a dispozițiilor legale ce reglementează instituția clarificării ofertei.

În acest sens, vor fi reținute următoarele prevederi ale HG nr. 395/2016:

- art. 134:

„(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.

(10) Prin excepţie de la dispoziţiile 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 preţul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informaţiilor care sunt cunoscute de către toţi participanţii, deoarece sunt prevăzute în legislaţia aplicabilă, documentaţia de atribuire, şi/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."

- art. 135:

„(1) În condiţiile art. 209 din Lege, comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condiţiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată neconformă.

(3) În sensul dispoziţiilor alin. (1), viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire."

Așa cum se poate observa din condițiile stabilite de legiuitor prin prevederile citate mai sus, simplul fapt al modificării unei oferte ca urmare a răspunsului la o solicitare de clarificare ce o vizează, nu poate conduce în mod automat la respingerea ofertei, de vreme ce legea stabilește că o atare modificare poate fi acceptată în limitele expres indicate în textul art. 134 și 135 din HG nr. 395/2016.

În aceste condiții, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a verificat dacă sunt incidente situațiile de excepție, stabilite prin dispozițiile legale amintite, în care este acceptată modificarea ofertei pe calea clarificărilor la aceasta. Că o atare verificare se impunea rezultă din faptul că lămurirea ofertei, conform reglementărilor de la art. 134 și următoarele din HG nr. 395/2016, reprezintă o obligație a comisiei de evaluare, și nu doar un drept asupra exercitării căruia aceasta poate să decidă în mod unilateral.

În egală măsură, dată fiind stabilirea faptului că, în realitate, evaluarea ofertei contestatoarei SC ... SA nu s-a realizat prin aplicarea integrală a prevederilor legale ce reglementează această activitate a comisiei de evaluare, Consiliul reține și că examinarea ne/conformității acestei oferte ar fi trebuit să se raporteze la întreaga plajă de posibilități acordate de legiuitor, așa cum sunt reglementate de dispozițiile art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016.

Consiliul nu va reține în soluționare susținerea autorității contractante potrivit căreia primirea răspunsului ofertantei la primul subiect al clarificării ar fi condus la crearea unui avantaj acestei societăți, deoarece îndeplinirea unei obligații legale în sensul lămuririi unei oferte, cu toate consecințele reglementate în mod expres prin lege, nu poate fi apreciată în mod legal ca fiind de natură să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant.

Concluzionând, Consiliul stabilește, pe de o parte, că autoritatea contractantă nu a realizat o evaluare a ofertei în condițiile și limitele la care legea o obligă, iar pe de altă parte că o astfel de activitate este necesar a se raporta la întreaga reglementare legală a instituției clarificării ofertei.

În situația de fapt și de drept expusă, Consiliul reține nelegalitatea deciziei de respingere a ofertei SC ... SA, așa cum a fost comunicată acesteia prin adresa nr. 4122/IM din 01.03.2018, precum și caracterul fondat al contestației acesteia.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația depusă de SC ... SA, și să anuleze actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația depusă de SC ... SA în contradictoriu cu ....

Anulează actele autorității contractante privind decizia de respingere a ofertei contestatoarei.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de SC ... SA, cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

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

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

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

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