CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. .....
Data: .....

Prin contestaţia nr. 2146/12.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 53171/13.12.2017, depusă de SC ..... SRL, cu sediul în ....., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin dl. ., împotriva deciziei de declarare ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 2947/24.11.2017, publicată în SEAP, în data 24.11.2017, de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare având ca obiect *furnizarea de produse .....* pentru *„Reparații îmbrăcăminți rutiere pe drumurile județene, ...”,* coduri CPV 44113620-7 asfalt (Rev.2), s-a solicitat *„admiterea prezentei astfel cum a fost formulată; anularea comunicării nr. 2947/24.11.2017, publicată în SEAP, în data de 24.11.2017, precum și a oricăror acte administrative, precum rapoarte, procese-verbale care au fost întocmite anterior și ulterior emiterii comunicării, întrucât sunt nelegale și netemeinice; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de subscrisa de la etapa verificării conformității, cu consecința faptului că oferta noastră este conformă și, implicit, admisibilă pentru a fi inclusă în următoarea etapă”.*

De asemenea, contestatorul a solicitat accesul la documentele dosarului constituit la C.N.S.C.

În luarea deciziei asupra cauzei de faţă,
Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor
reţine următoarele:

Prin contestaţia nr. 2146/12.12.2017, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor cu nr. 53171/13.12.2017, depusă de SC ..... SRL împotriva deciziei de declarare ca inacceptabilă și neconformă a ofertei sale, comunicată prin adresa nr. 2947/24.11.2017, publicată în SEAP, în data 24.11.2017, de către .... în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire simplificată – într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect *furnizarea de produse .....* pentru *„Reparații îmbrăcăminți rutiere pe drumurile județene, ...”,* s-a solicitat *„admiterea prezentei astfel cum a fost formulată; anularea comunicării nr. 2947/24.11.2017, publicată în SEAP, în data de 24.11.2017, precum și a oricăror acte administrative, precum rapoarte, procese-verbale care au fost întocmite anterior și ulterior emiterii comunicării, întrucât sunt nelegale și netemeinice; obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei depusă de subscrisa de la etapa verificării conformității, cu consecința faptului că oferta noastră este conformă și, implicit, admisibilă pentru a fi inclusă în următoarea etapă”.*

De asemenea, contestatorul a solicitat accesul la documentele dosarului constituit la C.N.S.C.

Contestatorul menționează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire susmenționată, oferta sa fiind întocmită cu respectarea documentației de atribuire, mixtura asfaltică BAPC 16, ofertată de societatea sa, îndeplinind toate condițiile tehnice generale și specifice conform normativelor și respectând cerințele obligatorii stabilite la nivelul caietului de sarcini.

Petentul menționează că, prin adresa FN din 10.11.2017, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificări privind propunerea tehnică, în care, la pct. 2, a făcut mențiunea *„Nu se regăsește capitolul cu privire la ADITIVI”*, la care susține că, societatea sa, a răspuns punctual, prin adresa nr. 1945/14.11.2017, astfel: *„Capitolul Aditivi nu a fost tratat, deoarece mixtura asfaltică BAPC 16 nu este mixtura aditivată în cazul ....., deoarece condiția de adezivitate este îndeplinită, fără a fi necesară aditivarea bitumului”.*

SC ..... SRL menționează că, în pofida celor expuse, prin adresa nr. 2947/24.11.2017, publicată în SEAP, în data de 24.11.2017, -a fost informat că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, în temeiul art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, pe motiv că *„răspunsul la clarificări este neconcludent”* și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) din același act normativ, pe motiv că oferta depusă *„nu satisface, în mod corespunzător, cerințele din documentația de atribuire”.*

Petentul arată că, nemulțumit fiind de acest rezultat, a transmis autorității contractante Notificarea prealabilă nr. 2064/29.11.2017,

„semnalându-i neregulile pe care le-a comis în evaluarea propunerii tehnice, în speranța că vor fi remediate rapid de către aceasta”, însă autoritatea contractantă *„nu a răspuns în termenul aplicabil”*, context în care a depus contestația ce formează obiectul prezentului dosar.

În opinia petentului, oferta sa a fost verificată și evaluată, în mod netemeinic, iar neregulile constatate sunt de natură a-l afecta direct, având în vedere faptul că *„oferta sa este admisibilă*”.

SC ..... SRL susține că propunerea sa tehnică îndeplinește, în mod corespunzător, toate cerințele caietului de sarcini, fiind conformă, iar comunicarea rezultatului procedurii este netemeinică, întrucât cerința privind prezentarea rețetei pentru mixtura BAPC 16, în cazul în care nu este aditivată, nu este prevăzută în caietul de sarcini și nici nu a făcut obiectul vreunei solicitări de clarificări.

Arătând că, la pag 4-21 a caietului de sarcini, autoritatea contractantă a impus ca, atât materialele care intră în compoziția mixturii asfaltice, cât și mixtura BAPC 16, trebuie să îndeplinească anumite cerințe obligatorii**,** cu privire la agregate, filer, lianți, aditivi, dar și anumite caracteristici fizico-mecanice**,** contestatorul susține că, prin oferta depusă, și-a asumat îndeplinirea tuturor și oricăror astfel de cerințe tehnice pentru produsul ofertat, și anume mixtura BAPC 16, sens în care a indicat, la nivelul Planului de asigurare a calității (pag. 14-25) și, totodată, a furnizat dovezi în susținere, respectiv certificarea de produs a materialelor ,conform standardelor aplicabile (pag. 77-85).

În pofida celor susmenționate, ofertantul susține că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, astfel că solicită Consiliului să constate următoarele:

- documentația de atribuire, în speță caietul de sarcini, nu conțin nicio cerință de prezentare a rețetei pentru mixtura asfaltică BAPC 16, în cazul în care aceasta este neaditivată;
- solicitarea de clarificare FN/10.11.2017, invocată în comunicare, nu a impus prezentarea rețetei, ci prezintă, exclusiv, concluzia „2*. Nu se regăsește capitolul cu privire la aditivi”.*

Petentul apreciază că raportat la specificațiile caietului de sarcini și la motivarea din comunicarea respingerii ofertei, oferta sa nu nesocotește nicio cerință, în speță cea a prezentării rețetei în cazul în care produsul nu este aditivat, iar susținerea potrivit căreia o astfel de cerință ar fi fost de la sine înțeleasă, nu se susține.

Reiterând faptul că mixtura asfaltică BAPC 16 pe care a ofertat-o îndeplinește cerințele caietului de sarcini, context în care oferta sa este conformă, iar comunicarea nelegală, SC ..... SRL subliniază faptul că modul de preparare a mixturilor asfaltice se realizează în strictă concordanță cu standardele tehnice specifice, afirmație pe care susține că a dovedit-o la nivelul întregii propuneri tehnice.

În același sens, petentul arată următoarele:

- la pag. 11 a caietului de sarcini este prevăzută expres posibilitatea, nu obligativitatea utilizării aditivilor: *„În vederea atingerii performanțelor*

mixturilor asfaltice la nivelul cerințelor se pot utiliza aditivi, cu caracteristici declarate, evaluați în conformitate cu legislația în vigoare";
- art. 30, secțiunea 3 „Lianți" din Normativul pentru prepararea mixturilor asfaltice AND 605-2014 prevede: faptul că *„Bitumul rutier neparafinos și bitumul rutier modificat cu polimeri trebuie să prezinte o adezivitate de minim 80% față de agregatele naturale utilizate la lucrarea respectivă. În caz contrar, se aditivează cu agenți de adezivitate".*

În contextul clar expus, petentul menționează că a explicat autorității contractante faptul că, produsul pe care societatea sa l-a ofertat (mixtură BAPC 16), nu necesită aditivare, deoarece condiția de adezivitate de min. 80% este îndeplinită datorită materialelor pe care le utilizează, iar aceasta putea fi constată și verificată de autoritatea contractantă, prin intermediul unei solicitări de clarificare în sensul prezentării unui raport de încercare emis de un laborator autorizat de unde rezultă, foarte clar, adezivitatea bitumului specificat în ofertă față de agregatele naturale utilizate la lucrare.

Petentul solicită Consiliului să constate, *„deși excede, în mod evident, motivului pentru care oferta sa a fost considerată, în mod incorect, ca fiind neconformă"*, faptul că documentația de atribuire, în speță caietul de sarcini „..... pentru Reparații îmbrăcăminți rutiere pe drumurile județene, ...", nu prevede nicio cerință, ca și condiție suplimentară, mărirea performanțelor prin aditivare obligatorie, chiar dacă procentul de adezivitate de minim 80% a fost atins.

În ceea ce privește precizarea din comunicarea rezultatului potrivit căreia societatea sa ar fi trebuit să prezinte o rețetă din care să rezulte compoziția, materialele utilizate, modul de preparare, caracteristicile fizico-mecanice pe care le va avea mixtura, contestatorul reiterează faptul că, deși documentația de atribuire nu stabilește prezentarea rețetei pentru mixtura asfaltică sau pentru mixtura asfaltică neaditivată, aceasta ar fi putut prezentată în cazul în care i s-ar fi solicitat, în mod expres, prin clarificări.

Mai arată că, prin solicitarea de clarificări din data de 10.11.2017, prin care „fundamentează" comunicarea, autoritatea contractantă nu i-a solicitat rețeta produsului neaditivat ofertat, astfel încât răspunsul său să poată fi considerat neconcludent.

Concluzionând cele expuse, SC ..... SRL susține că a demonstrat, de la bun început, prin propunerea tehnică depusă, îndeplinirea tuturor cerințelor caietului de sarcini, inclusiv a normativului pentru prepararea mixturilor asfaltice AND 605-2014, oferind toate informațiile necesare pentru a stabili că produsul ofertat este conform cu standardele tehnice de profil în vigoare, după cum urmează: pag. 14-17 din propunerea tehnică, planul de asigurare a calității, cu referire la materialele și compoziția utilizate; pag. 61-70 din propunerea tehnică, Procedura tehnică de execuție, cu referire la modul de preparare; pag.

17-21 din propunerea tehnică, planul de asigurare a calității, cu referire la caracteristicile fizico-mecanice ale mixturii asfaltice, pag. 77-85 din propunerea tehnică, certificare de produs.

Având în vedere cele prezentate, petentul solicită admiterea contestației, astfel cum aceasta a fost formulată, cu consecința obligării autorității contractante la adoptarea și implementarea măsurilor de remediere, astfel cum au fost solicitate, de natură a asigura o finalizare corectă și echidistantă a procedurii de atribuire.

În drept, au fost invocate dispozițiile art. 8 alin. (1), raportat la art. 2 din Legea nr. 101/2016, precum și toate celelalte prevederi legale la care s-a făcut referire în cuprinsul contestației.

În probațiune, a fost depus, în copie, un set de documente.

Prin adresele nr. 53756/4544/C6 și nr. 53769/4544/C6 din 15.12.2017, Consiliul a pus în discuția părților excepția tardivității contestației, raportat la prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 3130/18.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 53974/18.12.2017, ... a solicitat, pe cale de excepție, respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, ca tardivă.

Autoritatea contractantă menționează că, în urma evaluării „propunerii ofertelor", a postat în SEAP comunicarea intermediară nr. 2947/24.11.2017, în data de 24.11.2017, prin care a adus la cunoștința contestatoarei faptul că oferta sa *„este inacceptabilă, potrivit prevederilor art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016".*

Arată că, ulterior, în data de 04.12.2017, SC ..... SRL i-a transmis, prin intermediul Poștei Române, Notificarea prealabilă nr. 2064/29.11.2017, care a ajuns la sediul său în data de 05.12.2017

În opinia autorității contractante, având în vedere data postării în sistem a comunicării intermediare, respectiv 24.11.2017, cele 5 zile de așteptare stipulate imperativ de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, s-au împlinit în data de 29.11.2017, context în care Notificarea prealabilă din data de 04.12.2017 este tardivă.

Autoritatea contractantă menționează că, în data de 12.12.2017, SC ..... SRL i-a transmis contestația nr. 2146/12.12.2017.

Subliniază următoarele:

- termenului de 3 zile, prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în care autoritatea contractantă poate transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte sau nu măsuri de remediere în sensul celor semnalate în cuprinsul notificării prealabile;
- conform dispozițiilor art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, ofertantul SC ..... SRL avea la dispoziție un termen de 5 zile pentru a depune contestație.

Astfel, susține organizatoarea procedurii *„(...), Notificarea prealabilă a fost depusă cu nerespectarea termenului de decădere prevăzut la art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, conform căruia termenul de depunere a notificării a fost îndeplinit în data de 29.11.2017".*

Pe cale de consecință, organizatoarea procedurii, consideră că și contestația cu nr. 2146/12.12.2017 depusă de SC .... SRL este tardivă și solicită respingerea acesteia.

Prin adresa nr.2203/18.12.2017, înregistrată la Consiliu sub nr. 53975/18.12.2017, SC ..... SRL a transmis documentul intitulat „Punct de vedere", prin care solicită Consiliului să constate că *„a formulat în termen contestația, fapt de natură a conduce la respingerea excepției tardivității, (...)".*

În drept, contestatorul a invocat și redat dispozițiile art. 6 alin. (4), art. 8 alin. (1) lit. b) și alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

În fapt, contestatorul precizează următoarele:

- comunicarea nr. 2947/24.11.2017, vizată în cadrul contestației, a fost recepționată în data de 24.11.2017;
- în data de 29.11.2017, în termen, SC ..... SRL a formulat Notificarea prealabilă nr. 2064/29.11.2017 și a transmis-o autorității contractante prin intermediul serviciului poștal (Factura & Chitanta DIV00005000/29.11.2017)
- autoritatea contractantă a recepționat Notificarea prealabilă în data de 05.12.2017 (confirmare primire).

Având în vedere cele expuse, petentul apreciază că termenul în care autoritatea contractantă trebuia să comunice răspunsul prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 s-a împlinit în data de 08.12.2017, însă aceasta nu a răspuns, motiv pentru care, respectând termenul de 5 zile pentru contestare, SC ..... SRL a formulat contestația nr. 2146, chiar cu o zi înainte de ultima zi considerată a fi în termen, pe care a transmis-o către CNSC și autoritatea contractantă pe fax și e-mail.

Față de cele prezentate, SC ..... SRL consideră că a formulat contestația nr. 2146/12.12.2017 în termen și solicită Consiliului să constate aceasta, prin decizia ce va fi pronunțată.

Prin adresa nr. 2213/19.12.2017, înregistrată la C.N.S.C. prin adresa nr. 54144/19.12.2017, SC ..... SRL a înaintat documentul intitulat „Răspuns", prin intermediul căruia solicită Consiliului să constate *„netemeinicia susținerilor autorității contractante cu privire la tardivitatea formulării Notificării prealabile, cu consecința respingerii acestora".*

Susținând că a formulat în termen, inclusiv Notificarea prealabilă, adică în data de 29.11.2017, contestatorul învederează următoarele:

- „Am prezentat Notificarea prealabilă la Oficiu Poștal Jilava, în data de 29.11.2017, care a emis Factura nr. DIV00005000 și chitanța aferentă acesteia, ambele datate 29.11.2017,ora 14:30, având nr. de prezentare ARO9490491672;
- pentru corespondența astfel transmisă, am recepționat Confirmarea de primire, care include codul de bare însoțit de același nr. prezentare ARO9490491672".

Documentele în cauză au fost atașate de contestator adresei susmenționată.

Prin adresa nr. 03/03.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. nr. 33/03.01.2018, completată cu adresa nr. 175/ 23.01.2018, â a transmis documentul intitulat „Punct de vedere” referitor la contestația nr. 2146/12.12.2017 formulată de SC ..... SRL înțelegând să invoce în apărarea sa excepția tardivității introducerii contestației.

În susținerea excepției, autoritatea contractantă precizează că, în urma evaluării ofertelor, a postat în SEAP, comunicarea intermediară nr. 2947/24.11.2017, în data de 24.11.2017, prin care a comunicat contestatorului faptul că oferta sa este inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, iar, în data de 04.12.2017, acesta a transmis Notificarea prealabilă nr. 2064/29.11.2017, care a ajuns la autorității contractante, prin intermediul Poștei Române, în data de 05.12.2017.

Astfel, organizatoarea procedurii apreciază că, având în vedere data postării în sistem a comunicării intermediare, respectiv 24.11.2017, cele 5 zile de așteptare stipulate imperativ de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, s-au împlinit în data de 29.11.2017, astfel Notificarea prealabilă depusă în data de 04.12.2017 fiind tardivă.

Autoritatea contractantă arată că, în data de 12.12.2017, SC ..... SRL i-a transmis contestația nr. 2146/12.12.2017.

Reiterând susținerile din punctul de vedere nr. 3130/18.12.2017, privind termenul de 3 zile, prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, în care autoritatea contractantă poate transmite un răspuns în sensul că urmează să adopte sau nu măsuri de remediere în privința celor semnalate în cuprinsul notificării prealabile și dispozițiile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora ofertantul SC ..... SRL avea la dispoziție un termen de 5 zile pentru a depune contestație, ... concluzionează *„Raportându-ne la data de 04.12.2017, când SC ..... SRL a depus Notificare prealabilă, contestația este depusă în termen, însă, așa cum am arătat anterior, notificarea prealabilă a fost depusă cu nerespectarea termenului de decădere prevăzut de art. 6 alin. (10 lit. b) din Legea nr. 101/2016, conform căruia termenul de depunere a notificării prealabile a fost îndeplinit în data de 29.11.2017”.*

Referitor la punctul de vedere formulat de SC ..... SRL, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 3148/19.12.2017, ... precizează că astfel cum a arătat mai sus, nu se poate face vinovată de rău tratament aplicat contestatorului, întrucât documentele transmise de către acesta au ajuns la sediul său, având ștampila Oficiului Poștal Jilava, cu data emiterii 04.12.2017.

În ceea ce privește mențiunea potrivit căreia *„(...), eronat a fost înscrisă pe confirmarea de primire data de 04.12.2017, (...)”,* din adresa nr. 172/19.12.2017, emisă de ..., organizatoarea procedurii afirmă: *„nu*

putem considera faptul că autoritatea contractantă, ar trebui să știe că acea dată este greșită”.

Referitor la neconformitatea ofertei depusă de SC ..... SRL, autoritatea contractantă precizează că, având în vedere cerințele caietului de sarcini, ofertantul ar fi trebuit să trateze capitolul „Aditivi”, explicând modul în care mixtura pe care o furnizează îndeplinește condițiile din acest punct de vedere. În susținerea celor prezentate, acesta ar fi trebuit să prezinte o rețetă a mixturii sau caracteristicile materialelor ce intră în componența rețetei pentru a face dovada că este sau nu necesară adăugarea de aditivi.

În opinia autorității contractante, faptul că operatorul economic nu a tratat acest capitol în cadrul propunerii tehnice dovedește că acesta nu a respectat cerințele caietului de sarcini.

Apreciază că petentul susține, în mod eronat, în contestația formulată, faptul că nu a existat cerința prezentării unei rețete în cazul în care mixtura nu necesită aditivi, întrucât cerința caietului de sarcini a fost corect formulată, iar ofertanții ar fi trebuit să indice modul în care mixtura furnizată/produsă de ei îndeplinește această cerință.

Autoritatea contractantă susține că, deși ofertantului i s-a solicitat o clarificare cu privire la capitolul „Aditivi”, nici de această dată acesta nu a înțeles să prezinte modalitatea prin care mixtura produsă de el îndeplinește cerințele caietului de sarcini, ci a transmis un răspuns prin care „*autoritatea contractantă ar trebui să subînțeleagă, de la început, faptul că mixtura îndeplinește condiția de adezivitate*”, fără a prezenta niciun document în acest sens: rețeta mixturii, caracteristicile materialelor, componente sau alte documente doveditoare.

Mai mult, susține că, deși aditivii nu se utilizează pentru obținerea adezivității, ci pentru lucrabilitatea mixturii asfaltice, pentru obținerea culorii, ofertantul nu face nicio precizare despre aceste caracteristici, făcând doar referire la adezivitate.

Astfel, organizatoarea procedurii apreciază că răspunsul ofertantului la clarificare nu este doar ambiguu și neconcludent, ci și incomplet din punct de vedere al cerinței solicitate.

În același sens, menționează că, în ipoteza în care ofertantul nu era de acord cu solicitările comisiei de evaluare, acesta avea posibilitatea de a solicita clarificări în perioada de așteptare, ori ar fi putut contesta fișa de date a achiziției, în temenul legal.

În sprijinul susținerilor sale, autoritatea contractantă invocă decizia C.N.S.C. nr. .. din 12.01.2009.

În opinia autorității contractante, acceptarea , ca și conformă, a unei oferte ce nu respectă cerințele solicitate, ar fi adus atingere principiului tratamentului egal și prevederilor imperative ale art. 209 și art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 și ar fi dus la încălcarea documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât ceilalți participanți la procedură au respectat cerința fișei de date, aceștia înțelegând să îndeplinească condiția impusă de autoritatea contractantă.

Având în vedere cele expuse, organizatoarea procedurii solicită respingerea contestației formulată de SC ..... SRL, ca nefondată.

Prin adresa nr. 07/04.01.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 242/04.01.2018, SC ..... SRL a solicitat *„să se constate netemeinicia susținerilor autorității contractante cu privire la contestație, cu consecința respingerii acestora”.*

Contestatorul precizează că, astfel cum a arătat în cuprinsul contestației, cât și în răspunsul său la adresa C.N.S.C. nr. 53756/4544/C6/15.12.2017, inclusiv în adresa nr. 2213/19.12.2017, societatea sa a formulat Notificarea prealabilă în termen, respectiv în data de 29.11.2017, sens în care a prezentat dovezile aflate în posesia sa, inclusiv a efectuat diligențele necesare pentru a clarifica situația învederată de autoritatea contractantă cu privire la pretinsa tardivitate a formulării Notificării prealabile.

Raportat la cele susmenționate, petentul reiterează solicitarea de respingerea a excepției tardivității contestației.

În ceea ce privește argumentele invocate de către autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 03/03.01.2018, SC ..... SRL solicită Consiliului, de asemenea, respingerea acestora, *„întrucât sunt eronate”.*

Astfel, SC ..... SRL precizează *„pe de o parte, prin contestație, (...), nu am vizat solicitarea de clarificări emisă de autoritatea contractantă sub nr. FN/10.11.2017, respectiv pct. 2 din conținutul acesteia, cu maniera și modalitatea defectuoasă în care comisia de evaluare a analizat și apreciat oferta sa, în integralitate, inclusiv răspunsul nostru la pct. 2 din solicitarea de clarificări FN/10.11.2017”; „pe de altă parte, subscrisa nu am susținut, prin intermediul niciunui document, că autoritatea contractantă trebuia să ne solicite o altă clarificare, de vreme ce comisia de evaluare își asumă răspunderea cu privire la evaluarea ofertelor depuse de ofertanți și nici nu am pretins vreun tratament inegal față de alți participanți la procedura de atribuire, ci numai am evidențiat demersurile comisiei de evaluare pentru verificarea elementelor tehnice propuse cu privire la produsul ofertat”.*

Contestatorul consideră că a răspuns punctual la pct. 2 al adresei FN/10.11.2017 (*„Nu se regăsește capitolul cu privire la Aditivi”), explicând complet și corect („Capitolul «Aditivi» nu a fost tratat, deoarece mixtura asfaltică BAPC 16 nu este o mixtură aditivată în cazul ....., deoarece condiția de adezivitate este îndeplinită fără a fi necesară aditivarea bitumului*”).

Petentul apreciază că argumentul autorității prezentat ulterior, în comunicarea nr. 2947/24.11.2017 cu privire la faptul că ar fi trebuit să prezinte o rețetă, reprezintă, de fapt, o adăugare nelegală la documentația de atribuire, care nu prevede cerința prezentării rețetei.

Mai mult, susține contestatorul, argumentele autorității contractante prezentate în punctul de vedere nr. 03/03.01.2018 cu privire la

necesitatea dovedirii aditivării care *„(...) nu se utilizează numai pentru obținerea adezivității, ci pentru lucrabilitatea mixturii asfaltice, pentru obținerea culorii, etc.”,* nu se regăsesc în comunicarea contestată și nici nu au făcut obiectul solicitării de clarificări FN/10.11.2017, în condițiile în care „motivul concret”, conform art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016 al declarării ofertei SC ..... SRL, ca fiind neconformă, a fost pretinsa lipsă a rețetei și nicidecum nerespectarea vreunei cerințe/specificații tehnice solicitate.

Concluzionând cele expuse, contestatorul solicită Consiliului să constate că analiza desfășurată de autoritatea contractantă a fost superficială în ceea ce privește propunerea tehnică, respectiv caracteristicile produsului ofertat îndeplinesc condiția de adezivitate.

Față de dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care statuează și asupra ordinii de soluționare a excepțiilor, Consiliul urmează a se pronunța, cu prioritate, asupra excepției de procedură a tardivității.

Potrivit prevederilor Legii nr. 101/2016, pentru formularea unei contestații împotriva unui act al autorității contractante emis cu privire la o procedură de atribuire, legiuitorul a stabilit îndeplinirea unor condiții de admisibilitate a contestației.

Din redactarea prevederilor art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016 rezultă că procedura prealabilă în fața autorității contractante, respectiv notificarea acesteia reprezintă o condiție de admisibilitate a depunerii contestației la Consiliu, contestatorul fiind ținut ca, anterior promovării unei contestații pe cale administrativ-jurisdicțională în fața CNSC, să solicite autorității publice emitente a actului contestat, în termen de 5 sau 10 zile de la data luării la cunoștință a acestuia, remedierea în tot sau în parte a acestuia.

Prin urmare, notificarea prealabilă a autorității contractante într-un anumit termen constituie o condiție de admisibilitate pentru sesizarea Consiliului, dovada depunerii acesteia la autoritatea contractantă trebuind să fie atașată la contestație împreună cu copia răspunsului autorității contractante, dacă acesta există.

Având în vedere faptul că SC ..... SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației înregistrată la CNSC sub nr. **53171/ 13.12.2017,** notificarea autorității contractante fiind formulată la data de **29.11.2017,** transmisă autorității contractante prin intermediul serviciului postal - Poșta Română, conform facturii nr. DIV00005000 și a documentului de confirmare, emis de oficiul postal nr. ARO9490491672, în data de **29.11.2017**, înregistrată la sediul autorității în data de **05.12.2017,** prin care solicită anularea comunicării nr. 2947/ **24.11.2017,** Consiliul constată că:

- acesta a respectat termenul legal de 5 zile, prevăzut de art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr.101/2016 de formulare a notificării prealabile, **astfel,** după ce a luat la cunoștință despre actul autorităţii contractante din data de **24.11.2017**, conform adresei nr. 2947/ 24.11.2017, SC ..... SA, în data **de 29.11.2017**

a transmis, în interiorul celor 5 zile, prin intermediul Poștei Române notificarea prealabilă nr. 2064/29.11.2017;

- în data de 05.12.2017, autoritatea contractantă a primit notificarea prealabilă, conform documentului emis de Poșta Română, aflat la dosarul cauzei, la care nu a răspuns petentului în conformitate cu dispozițiile art. 6, alin. (4) din Legea nr.101/2016- *„ În termen de 3 zile, calculat începând cu ziua următoare primirii notificării prealabile, autoritatea contractantă transmite un răspuns prin care comunică dacă urmează sau nu să adopte măsuri de remediere a pretinsei încălcări.”*, astfel SC ....., după expirarea celor 3 zile de așteptare a măsurilor de remediere ce puteau fi luate de autoritate, a formulat și înaintat contestația nr.2146 din data de **12.12.2017,** înregistrată la CNSC sub nr. **53171/ 13.12.2017,** respectând termenul legal de 5 zile prevăzut la art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr.101/2016.

În concluzie, Consiliul va respinge excepția tardivității, având în vedere că, așa cum rezultă din cele precizate mai sus și a documentelor depuse de contestator la dosar, acesta a înaintat contestația în termenul legal de 5 zile, prevăzut de art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr.101/2016, termen care a început să curgă de la data epuizării termenului legal de 3 zile, prevăzut de art. 6 alin. (4) din Legea nr.101/2016, în care autoritatea contractantă avea obligația de a răspunde notificării prealabile primite.

Pe fond, față de înscrisurile aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarea situație de fapt:

....., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată - într-o singură etapă, derulată online, în vederea atribuirii contractului de furnizare, având ca obiect *furnizarea de produse ..... pentru „Reparații îmbrăcăminți rutiere pe drumurile județene, ...”,* coduri CPV 44113620-7 asfalt (Rev.2), sens în care a publicat, în SEAP, invitația de participare simplificată nr…….

Valoarea estimată a contractului este de 360.000 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului – "*Prețul cel mai scăzut*".

La procedura de atribuire au fost depuse 2 oferte, printre care se regăsește și cea a contestatorului, oferte care au fost vizualizate, în SEAP, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr. 2731/ 30.10.2017.

În urma evaluării tehnice a ofertei depuse de către contestator, comisia de evaluare, conform adresei de comunicare nr. 2947/ 24.11.2017, a respins oferta depusă de SC ..... SRL, aceasta fiind declarată inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 134, alin. (5) din HG nr.395/2016 și neconformă potrivit art. 137, alin.(3), lit.a) din HG nr.395/2016.

Fiind nemulțumit de rezultat, la data de 13.12.2017, SC ..... SRL a depus, în termen legal, contestația nr. 2146/12.12.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 53171/13.12.2017, prin care a solicitat anularea comunicării nr. 2947/24.11.2017, a actelor

subsecvente acesteia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Autorul contestației a depus la dosarul cauzei dovada respectării dispozițiilor art. 6 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă înregistrată sub nr. 2064/29.11.2017, înaintată autorității contractante, la care aceasta nu a răspuns

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:.

Din conținutul actului atacat rezultă că motivul pentru care oferta contestatorului a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă, în temeiul art. 137 alin. (3) lit. a) coroborate cu prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, este reprezentat de faptul că ofertantul SC ..... SRL nu a prezentat în propunerea tehnică **rețeta produsului ofertat** - **mixtura asfaltică BAPC 16-** din care să reiasă că acesta corespunde normativului AND 605-2016 din punct de vedere al utilizării aditivilor pentru a atinge performanțele solicitate prin caietul de sarcini privind prepararea mixturilor asfaltice, că nu este necesară aditivitatea sa, care este compoziția, materialele utilizate și modul de preparare a bitumului.

În analizarea contestației, Consiliul apreciază ca relevante atât prevederile pct. IV.4.1 - Modul de prezentare a propunerii tehnice, potrivit cărora *„Ofertantul are **obligatia de a face dovada conformitatii** produselor care urmeaza sa fie furnizate cu cerintele prevazute în Caietul de sarcini. În acest sens, oferta tehnica se va întocmi astfel încât, în procesul de evaluare, informatiile din propunerea tehnica sa permita identificarea facila a corespondentei cu specificatiile tehnice minime din caietul de sarcini. Ofertantul va prezenta o oferta tehnica prin care va descrie punct cu punct modul in care va furniza produsele in conformitate cu cerintele caietului de sarcini*", cât și cele ale caietului de sarcini precizate la cap. 6- *DESCRIEREA PRODUSULUI* - ....., conform cărora:

*„ **(...)Aditivi**- Nota 1 Îmbătrânirea TFOTşi RTFOTse realizează conform SR EN 12607-2 şi SR EN 12607-1.*

În vederea atingerii performanţelor mixturilor asfaltice la nivelul cerinţelor se pot utiliza aditivi, cu caracteristici declarate, evaluaţi în conformitate cu legislaţia în vigoare. Aceşti aditivi pot fi adăugaţi fie direct în bitum (de exemplu: agenţii de adezivitate sau aditivii de mărire a lucrabilităţii) fie în mixtura asfaltică (de exemplu: fibrele minerale sau organice, polimerii, etc.)

Conform SR EN 13108 - 1 art.3.1.12 aditivul este "un material component care poate fi adăugat în cantităţi mici în mixtura asfaltică, de exemplu fibre minerale sau organice, sau de asemenea polimeri, pentru a modifica caracteristicile mecanice, lucrabilitatea sau culoarea mixturii asfaltice.

Faţă de terminologia din SR EN 13108 - 1, în acest normativ au fost consideraţi aditivi şi produsele care se adaugă direct în bitum şi care nu modifică proprietăţile fundamentale ale acestuia.

Tipul şi dozajul aditivilor se stabilesc pe baza unui studiu preliminar efectuat de către un laborator autorizat sau acreditat, agreat de beneficiar, fiind aleşi în funcţie de realizarea cerinţelor de performanţă specificate.

Aditivii utilizaţi la fabricarea mixturilor asfaltice vor avea la bază un standard, un agrement tehnic european(ATE) sau un document de declarare şi evaluare a caracteristicilor reglementat pe plan naţional, cum ar fi agrementul ethnic."

Documentația de atribuire nu a fost contestată de niciun potențial ofertant astfel că și-a dobândit caracterul obligatoriu atât pentru ofertanți, care aveau obligația de a-și elabora oferta cu respectarea acesteia, cât și pentru autoritatea contractantă, care avea obligația de a evalua ofertele cu aplicarea întocmai a prevederilor acesteia.

Verificând conținutul propunerii tehnice a contestatorului, Consiliul constată că în cadrul acesteia ofertantul a depus, printre altele, următoarele documente: planul de asigurare a calității, planul calității stației de mixturi asfaltice, procedura tehnică de execuție pentru prepararea mixturilor asfaltice executate la cald, certificate de conformitate pentru materiale.

Din conținutul documentului – Planul de asigurare a calității depus de ofertant la paginile 1-35 a propunerii tehnice, rezultă că, la cap.7.- **....** aplicabile livrării mixturii asfaltice BAPC 16, sunt descrise caracteristicile produselor care se utilizează la prepararea mixturii asfaltice, respectiv sunt descrise agregatele naturale utilizate (cribluri, nisip de concasaj sort 0-4 mm, nisip natural etc.) , filerul și lianții utilizați, dar în care nu este menționat **dacă este necesar sau nu utilizarea aditivilor** în prepararea mixturii.

De asemenea, verificând documentul depus de contestator- **Procedura tehnică de execuție**- privind prepararea mixturii asfaltice, din cadrul propunerii tehnice, Consiliul constată că materialele utilizate de SC ..... pentru realizarea produsului **.....** sunt: agregatele, conform SR EN 13043, filerul conform EN 13043 și STAS 539, lianții conform SR EN 13108 și bitumul.

Conform procesului-verbal nr. 2946/ 23.11.2017, întocmit de comisia de evaluare, Consiliul constată că, în legătură cu propunerea tehnică depusă de către SC ..... SRL, aceasta a solicitat clarificări prin adresa nr.FN/ 10.11.2017, după cum urmează:

„Comisia de evaluare, analizând propunerea tehnică depusă de dvs. la procedura mai sus menționată, a constatat următoarele inadvertențe:

(...)

2. Nu se regăsește capitolul cu privire la ADITIVI.

(...)

Vă rugăm clarificați cele prezentate mai sus. "

Ofertantul a răspuns acestei solicitări, prin adresa nr. 1945/ 14.11.2017, precizând următoarele: *„Capitolul **ADITIVI nu a fost***

***tratat**, deoarece mixtura asfaltică BAPC 16 **nu este o mixtură aditivată** în cazul ....., deoarece condiția de adezivitate este îndeplinită fără a fi necesară aditivarea bitumului."*

Acest răspuns a fost analizat de membrii comisiei de evaluare, care, în cadrul procesului verbal, înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 2946/23.11.2017, a constat lipsa de concludență a acestuia și incidența în speță a art. 134, alin. (5) din HG nr.395/2016 coroborat cu art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, întrucât ofertantul a propus o ....., fără a respecta cerințele caietului de sarcini privind capitolul Aditivi și fără a face dovada faptului că acest produs nu are nevoie de a fi aditivat,astfel respingând oferta contestatorului.

Analizând critica autorului contestației referitoare la această decizie a autorității contractante, prin raportare la prevederile documentației de atribuire, așa cum au fost acestea clarificate, la conținutul ofertei depusă de contestator și răspunsul acestuia la solicitarea de clarificări, Consiliul constată că, în mod corect, autoritatea contractantă a respins oferta SC ..... SA..

Astfel, așa cum rezultă din prevederile fișei de date a achiziției, citate într-unul dintre paragrafele anterioare, ofertanții aveau obligația, pe de o parte, de a prezenta în cadrul propunerii tehnice, printre altele, dovada conformității produselor care urmează să fie furnizate, iar pe de altă parte, de a include în cadrul propunerii tehnice descrierea punct cu punct a modulului in care produsele furnizate îndeplinesc cerințele caietului de sarcini.

Din conținutul documentelor depuse de contestator în cadrul ofertei, respectiv propunerea tehnică, rezultă că aceasta **nu a prezentat** în cadrul Planului de asigurare a calității și nici in procedura tehnică de execuție a preparării mixturii asfaltice **BAPC 16** niciun document/ certificat/ analize de laborator sau referire la faptul că acest produs nu necesită aditivarea bitumului, așa cum a fost solicitat în cerințele caietului de sarcini la capitolul ADITIVI, astfel încât să rezulte faptul că adezivitatea bitumului faţă de agregatele naturale este mai mare de 80%, conform normativului AND 605-2014, nerespectând, astfel, cerințele documentației de atribuire, însușite de către contestator. Ori, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire (...)".*

Apărarea contestatorului referitoare la faptul că în caietul de sarcini, la pagina 11, este prevăzută expres posibilitatea, iar nu obligativitatea utilizării aditivilor, iar produsul ofertat de acesta, așa cum recunoaște în răspunsul la clarificarea formulată de autoritatea contractantă, **nu necesită aditivare,** dar la care nu aduce o dovadă pentru a proba cu documente caracteristicile produsului, nu poate fi reținută de Consiliul având în vedere faptul că, din interpretarea coroborată a cerințelor documentației de atribuire rezultă, în mod evident, că ofertanții trebuiau să ia în considerare în elaborarea propunerii tehnice capitolul ADITIVI. Dacă ofertantul avea nelămuriri

privind prevederile documentației de atribuire trebuia să solicite clarificări autorității contractante.

De asemenea, constată Consiliul că, la dosar, contestatorul nu a depus vreo dovadă a afirmației sale, respectiv vreun document cu care să probeze că mixtura asfaltică **BAPC 16** oferită îndeplinește condiția de adezivitate de min.80% datorită materialelor utilizate, deși, avea această obligație potrivit **art.249 C.proc.civ**., în conformitate cu care sarcina probei revine celui care face o afirmație în fața judecății.

În acest context, potrivit dispozițiilor art.209 din Legea nr.98/2016, autoritatea contractantă a solicitat clarificări pentru a lămuri acest aspect, contestatorul având obligația de a demonstra că produsul oferit, contrar celor reținute de autoritatea contractantă, respectă specificațiile tehnice impuse.

Nu poate fi primită în soluționare **declarația** contestatorului conform căruia *"mixtura asfaltică BAPC 16* ***nu este o mixtură aditivată*** *în cazul ....., deoarece condiția de adezivitate este îndeplinită fără a fi necesară aditivarea bitumului."*, ca răspuns formulat la solicitarea de clarificare a autorității contractante, atâta vreme cât îi **revine și obligația** de face dovada că acest produs îndeplinește cerințele caietului de sarcini.

Consiliul nu va reține nici afirmația contestatorului potrivit căreia comisia de evaluare avea obligația de a verifica îndeplinirea cerințelor sale prin solicitarea depunerii unor probe ca de exemplu: prezentarea unui raport de încercare emis de un laborator autorizat de unde să rezulte adezivitatea bitumului specificat în propunerea sa tehnică deoarece autoritatea contractantă, prevalându-se de dreptul său, a solicitat clarificări potrivit dispozițiilor art. 134 din HG nr. 395/2016, la care SC ..... a ales **prin propria sa voință** să transmită răspunsuri neconcludente, astfel incât oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, potrivit art. 134 alin.(5) din HG nr. 395/2016.

Cum SC ..... nu a prezentat dovezi în combaterea celor reținute de autoritatea contractantă, care să demonstreze cele afirmate prin contestație, nu se poate considera că produsul oferit îndeplinește cerințele caietului de sarcini privind aditivarea, astfel că motivul de respingere a ofertei se reține ca întemeiat.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus menționate, Consiliul constată că, oferta contestatorului intră sub incidența dispozițiilor art. 134, alin.(5) coroborat cu art. 137, alin.(3), lit.a) din HG nr.395/2016, așa cum corect a reținut autoritatea contractantă.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ....., în calitate de autoritate contractantă.

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția tardivității contestației depusă de SC ..... SRL, invocată din oficiu.

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de către SC ..... SRL, cu sediul ....., în contradictoriu cu ....., cu sediul în .....

Obligatorie.

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

.....