

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. ...

Prin contestația nr. 2153/04.11.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 57922/04.11.2021, ...SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având C.U.I. ..., reprezentată legal prin administrator ..și convențional prin ..., cu sediul ales la ... din ..., împotriva rezultatului procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr. 81833/25.10.2021 (lot 1), nr. 81835/25.10.2021 (lot 3) și nr. 81836/25.10.2021 (lot 4), de către ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect **„Lucrări de întreținere și reparații drumuri în ...”**, s-a solicitat anularea adreselor susmenționate și a actelor subsecvente, anularea raportului procedurii de atribuire nr. 81825/25.10.2021, în partea ce privește admisibilitatea ofertei desemnate câștigătoare pentru loturile 1, 3 și 4, anularea deciziei prin care oferta depusă de ...SRL a fost declarată admisibilă și câștigătoare pentru loturile 1, 3 și 4, obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertelor depuse de ...SRL.

Prin cererea de intervenție nr. 4094/12.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 59396/12.11.2021, ...S.R.L., cu sediul în ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J40/11341/2004, având CUI 16601724, reprezentată convențional prin ..., cu sediul profesional în ..., solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție și respingerea contestației, ca neîntemeiată/nefondată, admiterea cererii de intervenție precum și accesul la dosarul cauzei.

Contestația și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (2) și (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Prin contestația înregistrată la CNSC sub numărul de mai sus, ...SRL critică rezultatul procedurii de atribuire comunicat cu adresele nr. 81833/25.10.2021, nr.81835/25.10.2021 și nr. 81836/25.10.2021, de către ..., în calitate de autoritate contractantă, solicitând cele arătate în partea introductivă.

În motivarea contestației, ...SRL arată că, potrivit comunicării rezultatului procedurii, ofertele sale pentru loturile contestate 1, 3 și 4 au fost declarate necâștigătoare, clasate fiind pe locul 2, oferta câștigătoare fiind cea depusă de ...S.R.L., corespunzătoare din punct de vedere al cerințelor documentației de atribuire, a cărei valoare a fost mai scăzută în comparație cu cea prezentată de ...SRL.

Contestatorul apreciază ca netemeinică și nelegală decizia autorității contractante privind admisibilitatea ofertelor depuse de ...SRL, având în vedere următoarele considerente:

1. ...SRL se află în situația de excludere reglementată de art. 167 alin. (1) lit. h), coroborate cu art. 164 alin. (1) lit. g) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016, având în vedere Sentința penală nr. ... din 11.12.2019, pronunțată de Judecătoria Arad în dosarul nr. ..., definitivă prin neexercitarea căii de atac, prin care dl. ..., în calitate de persoană cu putere de reprezentare, de decizie și de control al sucursalei ... Romania, a fost condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată.

În esență, se arată că persoana în discuție a fost condamnată urmare a săvârșirii infracțiunii de fraudă, astfel cum aceasta a fost definită prin art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995, situație în care, cu respectarea obligației de sinceritate, exista în sarcina ... obligația de a completa, în mod corespunzător, formularul DUAЕ, dar și obligația comisiei de evaluare de a dispune excluderea din procedură a operatorului economic, în conformitate cu prevederile art. 164 alin. (1) lit. g) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Invocând jurisprudența în acest sens, se apreciază că ... și-a încălcat obligația de sinceritate declarând fals în documentele depuse că nu se află în situația de excludere prevăzută la art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 171 din Legea nr. 98/2016, întrucât s-ar fi încălcat dispozițiile art. 209 din actul normativ susmenționat, prin solicitările de clarificări adresate ofertantului desemnat câștigător autoritatea contractantă determinând apariția unui avantaj evident în favoarea acestuia.

În opinia contestatorului, demersul comisiei de evaluare de a solicita ofertantului desemnat câștigător lămuriri cu privire la măsurile de remediere dispuse ca urmare a sentinței penale este nelegal și netemeinic, având în vedere următoarele considerente:

- un ofertant poate beneficia de prevederile art. 171 din Legea nr. 98/2016 numai în măsura în care declarațiile sale din DUAЕ sunt complete și reale, ori ... a declarat fals în DUAЕ, din moment ce una dintre persoanele cu putere de reprezentare, de decizie și de control în

cadrul societății a fost condamnată penal pentru săvârșirea infracțiunii de fraudă, în sensul art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995;

- infracțiunea pentru care dl. ...a fost condamnat este prevăzută în legislația privind achizițiile publice, fraudă în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995 fiind reprezentată de prezentarea unor declarații sau documente false, inexacte sau incomplete care au ca efect perceperea sau reținerea pe nedrept a unor fonduri care provin din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele gestionate de Comunitatile Europene sau în numele acestora;

- în acord cu prevederile art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, excluderea ofertantului apare chiar și în situația în care condamnarea intervine în ceea ce privește persoana cu putere de reprezentare, de decizie și de control din cadrul societății;

- legislația achizițiilor publice nu condiționează excluderea din procedura de atribuire de faptul că numele persoanei condamnate să se regăsească în cadrul ofertelor depuse, fiind suficientă existența unei condamnări penale definitive în intervalul de 5 ani anterior datei de depunere a ofertelor;

- în realitate, ... nu a dispus nicio măsură pentru a-și demonstra, în concret, credibilitatea, în condițiile în care persoana condamnată deține în prezent poziția de Director Tehnic Infrastructură, Divizia București Nord.

Invocând prevederile art. 171 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, contestatorul subliniază, contrar celor reținute de comisia de evaluare, că ... nu a dispus nicio măsură în vedere demonstrării, în concret, a credibilității, în condițiile în care dl. ...activează în continuare în cadrul operatorul economic, fiind mutat de la biroul din Timișoara și numit Director Tehnic Infrastructura, Divizia București Nord.

Concluzionând, contestatorul susține că ... avea obligația la sinceritate, în analiza motivelor de excludere, relevantă fiind conduita unui operator economic oglindită prin documentele și declarațiile de care înțelegea să se folosească în cadrul procedurii de atribuire prin informarea falsă a autorității contractante.

2. ...SRL nu a respectat specificațiile tehnice minime din caietul de sarcini, respectiv cerința referitoare la realizarea lucrărilor aferente articolului DA15A1 cu „benzi de folie de polietilenă”, situația în care, ofertantul avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce, manual, în rețeta articolului și acest material, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

Se arată că ...SRL nu a depus în cadrul propunerilor tehnice și financiare rețetele normelor pe care le-a modificat cu scopul vădit de a obține artificial o valoare ponderată inferioară, dar și pentru a ascunde modificările rețetelor normelor sub standardele de calitate impuse prin documentația de atribuire.

De asemenea, ...SRL nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DI01B1 cu „criblura sort 4-8 mm” și „EbmCR - emulsie cationică cu bitum modificat cu polimeri”.

Aceeași este situația și în ceea ce privește execuția lucrărilor de întreținere a îmbrăcăminților bituminoase prin stropiri succesive, cu privire la care autoritatea contractantă a stabilit în cuprinsul caietului de sarcini, că această lucrare are în componența sa materialul criblură sort 4-8 mm, iar emulsia utilizată trebuie să fie EbmCR - emulsie cationică cu bitum modificat cu polimeri.

Se învederează că, potrivit indicatorului de drumuri, articolul de bază DI01B1 - Repararea suprafețelor degradate, inclusiv plombarea gropilor, la îmbrăcăminte bituminoase, prin stropiri succesive - ANEXA nr. 10, nu are în componența acestuia materialul criblura sort 4-8 mm, ci criblura sort 4-6 mm și nici emulsie bituminoasă cationică cu bitum modificat cu polimeri - EbmCR, situație în care, în raport de specificațiile tehnice solicitate, ... avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce, manual, în rețeta articolului și aceste materiale, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

Tot astfel, nerespectând cerințele obligatorii ale caietului de sarcini referitoare la modificarea rețetelor, ...SRL nu a depus, după cum se arată, în cadrul propunerilor tehnice și financiare rețetele normelor pe care le-a modificat cu scopul vădit de a obține artificial o valoare inferioară, dar și pentru a ascunde modificările rețetelor normelor sub standardele de calitate impuse prin documentația de atribuire.

În ceea ce privește lotul 3, se arată că ...SRL nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DD02A1 cu „adeziv elastic de exterior sau adeziv pentru marmură și piatră naturală”, situație în care, în raport de specificațiile tehnice solicitate, ofertantul avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce, manual, în rețeta articolului și acest material, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

Tot astfel, nerespectând cerințele obligatorii ale caietului de sarcini referitoare la modificarea rețetelor, ...SRL nu a depus, după cum se arată, în cadrul propunerilor tehnice și financiare rețetele normelor pe care le-a modificat cu scopul vădit de a obține artificial o valoare inferioară, dar și pentru a ascunde modificările rețetelor normelor sub standardele de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Într-o altă critică, se susține că ...SRL nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DB22B1 cu „emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă cu 60% bitum” și cu „nisip natural sort 0-4”, în sensul că ofertantul câștigător

a modificat rețeta articolului DB22B1, sub standardele de calitate impuse prin documentația de atribuire.

În raport cu specificațiile tehnice solicitate, se apreciază că ...SRL avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce, manual, în rețeta articolului și cantitatea suplimentară de emulsie, dar și material solicitat prin caietul de sarcini, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

Similar celor arătate, nerespectând cerințele obligatorii ale caietului de sarcini referitoare la modificarea rețetelor, se precizează că ...SRL nu a depus în cadrul propunerilor tehnice și financiare rețetele normelor pe care le-a modificat cu scopul vădit de a obține artificial o valoare inferioară, dar și pentru a ascunde modificările rețetelor normelor sub standardele de calitate impuse prin documentația de atribuire.

De asemenea, susține contestatorul, ...SRL nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului D802D1 cu „emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă”, în sensul că potrivit indicatorului de drumuri, articolul de bază DB02D1-Amorsarea suprafețelor straturilor de bază sau a îmbrăcăminților existente în vederea aplicării unui strat de uzură din mixtura asfaltică-Anexa nr. 16, are în componența sa o cantitate de emulsie de 45,5 kg/100 mp, inferioară celei de 83 kg/100 mp solicitată prin caietul de sarcini, situația în care, în raport de specificațiile tehnice solicitate, ...SRL avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce manual în rețeta articolului și cantitatea suplimentară de emulsie, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

O altă cerință nerespectată de ...SRL este, în opinia contestatorului, cea referitoare la executarea lucrărilor de umplere a canalelor din dreptul șinelor de tramvai cu un mastic special pe bază de rășini epoxidice (sau alt material similar) gata preparat cu agrementări și aprobării legale, pe motiv că potrivit indicatorului de drumuri, articolul de baza D108A1(1) și D108A1(2)-Întreținere rosturi și colmatare crăpături la îmbrăcămini folosind mastic bituminos (0,96 kg/ml - mastic bituminos), are în componența sa materialul de amorsoare necertificat AFER, situație în care, în raport de specificațiile tehnice solicitate, ... avea obligația de a modifica respectivul articol de lucrări și de a introduce, manual, în rețeta articolului materialul de amorsoare certificat AFER, obligație nerespectată de ofertantul desemnat câștigător, caz în care oferta este neconformă.

De asemenea, într-o altă critică, contestatorul susține că membrii comisiei de evaluare nu au întreprins niciun demers prin care să se asigure că ...SRL a respectat cerința din documentația de atribuire referitoare la executarea lucrărilor în conformitate cu AND 605-2016, fapt ce reiese din conținutul procesului-verbal privind evaluarea

propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 78830 din 13.10.2021.

În acest sens, contestatorul invocă jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene care a stabilit că autoritatea adjudecătoare trebuie să interpreteze criteriile în același fel pe parcursul întregii proceduri, cu respectarea principiului egalității de tratament.

În raport de cele mai menționate, contestatorul arată că, potrivit Procesului-verbal nr. 70077/09.09.2021 privind evaluarea conformității propunerilor tehnice cu prevederile caietului de sarcini și, după caz, cu factorii de evaluare-Anexa nr. 21, membrii comisiei de evaluare nu au aplicat același tratament tuturor ofertanților. Aceasta deoarece, chiar dacă în coloana Rezultatele evaluării în dreptul tuturor ofertanților se notează îndeplinirea cerințelor, s-au solicitat clarificări tuturor ofertanților cu excepția ...SRL.

Într-o ultimă critică, contestatorul susține că ...SRL nu justifică, în mod corespunzător, nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, având în vedere valoarea ofertată este substanțial inferioară celei din propunerea financiară a ...SRL, neputând fi obținută decât prin modificări artificiale ale rețetelor normelor din anexa la caietul de sarcini, modificări prin care parametri de calitate impuși prin caietul de sarcini nu vor putea fi îndepliniți pe parcursul executării lucrărilor aferente acordului-cadru, fie printr-un calcul eronat al valorilor oferate.

Modificând artificial rețetele normelor prevăzute în caietul de sarcini, contestatorul susține că ...SRL a inclus în propunerea financiară elemente de preț neobișnuit de scăzute, care nu pot fi justificate, în mod corespunzător, motiv pentru care oferta desemnată câștigătoare trebuia respinsă ca neconformă, în raport de prevederile art. 136 din H.G. nr. 395/2016, coroborate cu cele ale art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere că analiza propunerilor financiare s-a realizat exclusiv prin compararea prețurilor, fără a se asigura că ...SRL a inclus în propunerea financiară cantitățile minime prevăzute de AND 605-2016, existând, în acest caz, obligația de a solicita clarificări privitoare la justificarea prețurilor unitare oferate, cu concursul comisiei de evaluare și cu nerespectarea principiului tratamentului egal, ...SRL a fost desemnat câștigător al procedurii de atribuire pentru toate loturile în urma unei evaluări superficiale, în opinia contestatorului, care a permis acestuia să nu includă în cadrul propunerii financiare cantitatea minimă impusă pe diferitele tipuri de materiale de către AND 605-2016.

Mai mult, superficialitatea activității de evaluare rezultă inclusiv din faptul că, așa cum rezultă din cuprinsul Procesului-verbal privind evaluarea propunerilor financiare, inclusiv verificarea conformității acestora cu propunerile tehnice nr. 78830 din 13.10.2021, dintr-un total de 134 articole de deviz la lotul 3, respectiv 132 pentru loturile 1 și 4, comisia a verificat doar prețul aferent transporturilor de deșeuri

nereciclabile si art. 50 - procurare plăci din piatra naturala 3 cm grosime (sub 2% din întreaga oferta financiară), restul de 98% din articole fiind total neanalizate.

Cu toate că, prin caietul de sarcini, s-au impus mai multe condiții speciale care implicau modificarea unor rețete ale articolelor de deviz, rețete care ar fi trebuit să fie depuse în cadrul ofertelor, iar aceste modificări implicau creșteri de costuri substanțiale, comisia nu a analizat, după cum se arată, niciuna dintre ele, astfel că evaluarea ofertei depusă de ...SRL s-a realizat cu nerespectarea prevederilor art. 123 și art. 133 din H.G. nr. 395/2016.

Față de cele menționate, contestatorul solicită admiterea contestației astfel cum a fost formulată.

În drept se invocă prevederile Legii nr. 101/2016, Legii nr.98/2016, H.G. nr.395/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin punctul de vedere nr. 86029/09.11.2021, înregistrat la CNSC sub nr. 58962/11.11.2021, ... a solicitat respingerea contestației și menținerea rezultatului procedurii.

În cuprinsul punctului de vedere, autoritatea contractantă răspunde criticilor formulate de contestator, și anume:

1. Prevederile art.164 alin. (1) lit. g) din Legea nr.98/2016, invocate de contestator nu sunt incidente în cazul ofertantului câștigător, raportat la prevederile legale ce definesc noțiunea de fraudă, ...SRL nefiind condamnat penal așa cum rezultă și din certificatul ONRC, dar mai ales din certificatul de cazier judiciar, documente prezentate în formă actualizată de ofertant.

Ca urmare a luării la cunoștință de sentința penală nr...., comisia de evaluare a acționat, după cum se arată, cu diligență a analizat o posibilă încadrare în motivele de excludere prevăzute de Legea nr.98/2016, concluzionând următoarele:

1. Infracțiunile pentru care dl. ...a fost condamnat nu sunt cuprinse în legislația privind achizițiile publice;
2. Sentința privește persoana fizică ...și din cuprinsul acesteia nu rezultă infracțiuni imputabile persoanei juridice ...SRL;
3. Numele domnului ...nu a fost regăsit în cadrul ofertelor depuse.

Cu scopul de a risipi orice suspiciune și cu respectarea prezumției de nevinovăție, arată autoritatea contractantă că a solicitat ofertantului ...SRL măsurile adoptate pentru demonstrarea credibilității și a integrității profesionale, solicitare la care ofertantul a răspuns, în mod concludent, deși nu se regăsea în situația de excludere.

Întrucât, nu sunt incidente motivele de excludere prevăzute de legislația în domeniul achizițiilor publice, autoritatea contractantă precizează că nu trebuia inclusă în DUAE explicația stării de fapt, ofertantul câștigător nefiind vinovat de declarații false.

Referitor la criticile ce vizează neconformitatea ofertelor depuse de ...SRL, autoritatea contractantă apreciază că acestea sunt nefondate, din următoarele considerente:

1. Susținerea contestatorului potrivit căreia ...SRL nu a respectat cerința benzi de folie de polietilenă are scopul de a induce în eroare CNSC având în vedere că prevederile caietului de sarcini se referă la „Execuția îmbrăcăminte din beton rutier de ciment”, iar articolul la care face referire ...este articolul DA 15 A1 - Fundație din beton de ciment 10 cm grosime.... în cuprinsul căruia firma contestată (...) a prezentat o rețetă a articolului de deviz care în opinia comisiei de evaluare a permis executarea corectă a lucrărilor solicitate atât din punct de vedere tehnic cât și calitativ.

Comparând cele două oferte, deși ...a introdus, manual, materialul folie de polietilenă, fără a se solicita în caietul de sarcini, se arată că articolul (DA 15 A1) are un preț mai mic în comparație cu ...SRL ceea ce ar însemna, în logica contestației, că ...nu ar putea executa din punct de vedere calitativ această lucrare.

Analizând rețetele articolului D101B1-Reparații suprafețe degradate prin stropiri succesive, autoritatea contractantă precizează că din documentația transmisă cu caracter confidențial de către ...SRL reiese că rețeta articolului are în componența sa aceeași emulsie EBM CR atât la ...SRL cât și la

Astfel, autoritatea contractantă a constatat, din analiza propunerilor tehnice și financiare, că materialul prezentat în rețetă de către ...SRL este cel solicitat și îndeplinește condiția solicitată prin caietul de sarcini fiind de asemenea comparabil cu prețul propus de

Mai mult, se arată că, în propunerea tehnică ...SRL își asumă la pag. 10 "folosirea la lucrările de plombări prin stropiri succesive a altor agregate decât cele prevăzute în normativele în vigoare", fapt ce va conduce la nerecepționarea lucrărilor.

Contrar susținerilor contestatorului, pentru loturile 1, 3 și 4, aditivul elastic de exterior solicitat se referă la articolele RpC1 11 A1, respectiv RPC M 25 A1, astfel că rețeta transmisă de către ...SRL îndeplinește cerințele solicitate.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „... nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DB 22 B1”, autoritatea contractantă precizează că rețeta propusă ce a condus la formarea prețului de către ...SRL este nemodificată față de cea din indicatorul de norme de deviz.

Analizând propunerea tehnică depusă de ...SRL la pag 162 unde se specifică: „ Pentru sectoarele cu îmbrăcăminte poroasă, precum și pentru cele care se execută după 1 octombrie sau executate înainte de această dată în zone umbrite, cu umiditate excesivă sau cu trafic foarte redus, se procedează la închiderea suprafeței, cu aprobarea organelor de specialitate ale beneficiarului, închiderea suprafeței constă dintr-o badijonare cu 0,5 kg/m² bitum și răspândirea de 3 ... 5 kg/m² nisip. Pentru badijonare se utilizează de preferință emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă”, comisia de evaluare a apreciat, după cum se arată că, procedura tehnică prezentată satisface exigențele caietelor de sarcini iar prețul oferit este unul corect.

Se subliniază că o eventuală subdimensionare a resurselor (material, manopera utilaj, transport) în faza de ofertare se face pe riscul și cheltuiala contractorului.

Referitor la critica ce vizează nerespectarea cerinței aferente articolului DB 02 D1, se arată că, în rețeta transmisă spre evaluare (ce are caracter confidențial) ...SRL nu modifică resursa materială din Indicatorul de norme de deviz original, prin propunerea tehnică ...SRL și-a asumat tehnologia ce urmează să fie respectată în timpul execuției.

Analizând procedurile tehnologice propuse de ...SRL, precum și prețul propus în cadrul ofertei financiare comisia de evaluare a concluzionat că sunt îndeplinite exigentele solicitate prin caietele de sarcini la un preț corect.

Susține autoritatea contractantă că a analizat cu aceeași atenție toate ofertele participanților pentru că interesul său este să obțină un contractor capabil să execute lucrări de calitate, în termen și la cel mai bun preț.

Referitor la afirmația contestatorului potrivit căreia „...SRL nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la execuția lucrărilor de umplere a canalelor din dreptul șinelor de tramvai cu un mastic special”, se arată că potrivit materialelor propuse de către ...SRL cât și de către ...SRL, acestea au cotat în articolul D108A1 (2) Mastic special pe bază de rășini epoxidice.

În ceea ce privește materialul de amorsare ce trebuia certificat AFER, autoritatea contractantă precizează că ...SRL a modificat rețeta și a codat resursa din rețetă cu denumirea de "Emulsie specială" ce diferă de celelalte emulsii cuprinse în oferta sa, spre deosebire de ...care are aceeași denumire a resursei respectiv „Amorsă pentru mastic bituminos” pentru toate articolele ce au în rețeta sa nevoie de acest material.

Întrucât ofertele depuse de ...SRL au fost clare, comprehensibile și corect întocmite, autoritatea contractantă susține că nu a fost necesară transmiterea de solicitări de clarificări, cu excepția solicitării scrisorilor de garanție și a documentelor justificative.

Referitor la critica ce vizează lipsa justificării nivelului scăzut al prețurilor sau al costurilor de către ...SRL, autoritatea contractantă precizează că la o analiză comparativă a prețurilor oferite de ...SRL și ... SRL se observă că din cele 132 de poziții solicitate a fi cotate pentru loturile 1 și 4, în 67 dintre ele ...SRL a cotat un preț mai mic decât ..., iar în 65 dintre ele prețul ofertat de ...a fost mai mic decât cel ofertat de ...SRL, în timp ce, în cazul lotului 3, pentru 68 de articole, ...SRL a cotat un preț mai mic decât ..., iar pentru 66 dintre ele prețul ...a fost mai mic decât cel ofertat de ...SRL.

Astfel, față de susținerile contestatorului potrivit cărora ...SRL nu ar putea executa lucrări de calitate datorită unor preturi „nejustificat de scăzute”, autoritatea contractante apreciază că aproape jumătate

din lucrările solicitate nu pot fi executate din punct de vedere calitativ nici de către

În ceea ce privește critica ce vizează activitatea de analiză a comisiei de evaluare, se arată că analiza tuturor ofertelor admisibile la etapa de evaluare financiară s-a făcut articol cu articol, documentul de lucru rezultat fiind imposibil de printat cu capacitățile actuale ale autorității contractante.

Se subliniază faptul că, în cadrul unei proceduri de atribuire, scopul autorității contractante este acela de a asigura concurența loială între operatorii economici, încurajând un mediu concurențial sănătos, bazat pe respectarea tratamentului egal și nediscriminatoriu, fără favorizarea niciunui ofertant.

În drept, se invocă Legea nr. 98/2006, H.G. nr. 395/2016 și Legea nr. 101/2016.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie, înscrisuri.

Prin cererea de intervenție nr. 4094/12.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 59396/12.11.2021, ...SRL solicită admiterea în principiu a cererii și respingerea contestației, ca neîntemeiată/nefondată.

În prealabil, în cuprinsul cererii, intervenientul prezintă o sinteză a argumentelor prin care combate criticile formulate de contestator, justificând totodată admisibilitatea în principiu a cererii de intervenție raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și art. 61 alin. (1) și urm. din CPC.

Pe fondul cauzei, în opinia intervenientului, criticile contestatorului sunt neîntemeiate, având în vedere următoarele considerente:

1. ...SRL nu se află sub incidența vreunui caz de excludere prevăzut de legislația achizițiilor publice având în vedere că potrivit Sentința penală nr. .../11.12.2019, pronunțată de Judecătoria Arad, angajatul societății, ..., a fost condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, faptă ce nu este prevăzută de Legea nr. 98/2016 ca motiv de excludere (acesta nefiind condamnat pentru fraudă), iar angajatul societății nu ocupă o poziție în organele de conducere și administrare și nici nu are putere de reprezentare, decizie sau control, motiv pentru care nu sunt îndeplinite cerințele legale pentru aplicarea cazului de excludere.

Contrar susținerilor contestatorului, se arată că dl. ...a fost condamnat în calitate de persoană fizică care a acționat, în mod independent, răspunderea societății nefiind angajată, iar, pe de altă parte, ...SRL nu deține sucursală la Timișoara.

Intervenientul concluzionează că sancțiunea excluderii prevăzută de Legea nr. 98/2016 nu poate fi extinsă la întreaga societate pentru fapte ale unui simplu împluternicit, prevederile art. 164 alin. (2) din lege referindu-se la persoane condamnate care sunt fie „membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, fie care au „putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia”, fără a se referi la persoane condamnate ce sunt simpli mandatar.

În susținerea celor afirmate, intervenientul arată că depune extrasul ONRC din care rezultă persoanele care sunt membre ale organelor de conducere și administrare și care au puterile de reprezentare, de decizie și de control în cadrul societății, dl. ...neregăsindu-se printre aceste persoane.

Intervenientul subliniază că identificarea persoanelor care fac obiectul prevederilor art. 164 alin. (2) din lege se raportează la înregistrările din registrul comerțului/actul constitutiv, interpretare confirmată și de deciziile CNSC, fapta pentru care a fost condamnat dl. ...nu se regăsește printre infracțiunile prevăzute art. 164 alin. (1) din lege.

Contestatorul apreciază că soluția excluderii din procedură contravine dezlegărilor Curții Constituționale expuse prin decizia nr. 738/2018.

Având în vedere că societatea sa nu se află sub incidența vreunui motiv de excludere, intervenientul apreciază că nu sunt incidente prevederile art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, formularele DUAE fiind completate, în mod corect.

Mai mult, se arată că, pe parcursul procedurii de atribuire, ...SRL a răspuns, în mod corespunzător, tuturor solicitărilor de clarificări cu privire la situația angajatului său, arătând motivele pentru care nu este incident cazul de excludere prevăzut de art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

2. Pe fondul cauzei, intervenientul apreciază criticile formulate de ...SRL ca fiind neîntemeiate în ceea ce privește admisibilitatea propunerilor tehnice, precizând, contrar afirmațiilor contestatorului, că societatea sa a depus în cadrul propunerilor tehnice și financiare aferente celor trei loturi, articolele și rețetele tuturor articolelor de deviz în deplină conformitate cu cerințele documentației de atribuire, astfel cum au fost solicitate.

De altfel, intervenientul subliniază că în privința fiecărei critici de natură tehnică, contestatorul afirmă că însăși articolele de deviz din Listele de lucrări puse la dispoziție de autoritatea contractantă ar avea rețete incomplete/greșite, sens în care era de datoria ofertanților să le modifice și să introducă manual anumite materiale, lucrări sau servicii, ori, aceasta fiind, de plano, o critică adusă chiar documentației de atribuire, este evident tardivă și, astfel, inadmisibilă.

În ceea ce privește nerespectarea cerinței ce viza realizarea lucrărilor aferente articolului DA15A1, cât și cerința privind "benzile de folie de polietilenă", intervenientul precizează că cerința de la punctul 4.5 din caietul de sarcini care privește și includerea benzilor de folie de polietilenă se referă la execuția îmbrăcăminte din beton rutier de ciment care nu corespunde articolului DA15A1, contestatorul invocând cerințe corespunzătoare altor tipuri de lucrări.

Întrucât, articolul DA15A1 se referă la execuția fundației din beton de ciment și nu la execuția îmbrăcăminte din beton rutier de ciment, intervenientul apreciază incorectă afirmația contestatorului

potrivit căreia trebuia inclus acest material (benzi de folie de polietilenă) în articolul DA15A1 Fundație din beton de ciment, scopul fiind inducerea în eroare a Consiliului.

De altfel, în opinia intervenientului, contestatorul aduce o critică chiar documentației de atribuire care nu ar fi inclus în rețeta articolului DA15A1 materialul în discuție, ceea ce este evident tardiv și nu poate fi valorificat ca motiv de contestare a ofertanților care au respectat documentația de atribuire.

În situația în care s-ar proceda la modificarea manuală a rețetei articolului solicitat, contestatorul se află în situația nerespectării caracterului obligatoriu al documentației de atribuire, cu atât mai mult cu cât a introdus un material care nu face obiectul articolului de deviz modificat și, în mod corespunzător, nu l-a introdus în rețeta articolelor relevante pentru cerința de la pct. 4.5 din caietul de sarcini.

Referitor la critica ce vizează nerespectarea articolul D101B1, intervenientul precizează că a respectat în întregime cerințele impuse, inclusiv Anexa nr. 10 pusă la dispoziție ca parte a documentației de atribuire și răspunsul nr. 10 la Răspunsurile de clarificări din data de 02.07.2021 (atașată în Anexa nr. 5).

Contrar afirmațiilor ...SRL care nu face decât să speculeze anumite mențiuni din Listele de lucrări puse la dispoziție de autoritatea contractantă), se arată că articolul D101B1 a fost completat conform normativului în vigoare și cuprinde materialele solicitate prin caietul de sarcini, respectiv din documentul de calitate a materialului "criblura" depus în cadrul propunerii tehnice la pag. 785 reiese, în mod clar, faptul că agregatul folosit în componența articolului D101B1 este criblura sort 4-8 mm.

De asemenea, se arată că oferta depusă de ...SRL respectă și cerința referitoare la emulsia bituminoasă cationică cu bitum modificat cu polimeri - EbmCR, aceasta fiind cuprinsă în rețeta articolului DI01B1 conform standardelor și cerințelor impuse, contestația fiind neîntemeiată și din acest punct de vedere.

Subliniază intervenientul că oferta sa este conformă și din perspectiva articolului DD02A1, inclusiv în privința lotului 3, având în vedere că potrivit Anexei nr. 10 pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă, rețeta acestui articol nu are în compoziție "adeziv elastic de exterior sau adeziv pentru marmura și piatra naturală, articolul referindu-se la execuția pavajului pe strat de nisip, nicidecum la montarea plăcilor de granit/piatră pe strat de adeziv.

Se arată că adezivul la care face referire ...SRL se regăsește în cadrul articolelor RPCI11A1, RPCM25A1 din propunerea tehnică lot 1 (pag. 1006), lot 4 (pag. 1009) și lot 3 (pag. 1004), articole care reprezintă Repararea treptelor din plăci de marmură [RPC11A1], respectiv Repararea plăcilor din plăci de marmură sau travertin [RPCM25A1].

Parcursând argumentele expuse prin contestație, intervenientul apreciază că oferta depusă de ...SRL nu respectă cerințele autorității

contractantă, propunerea tehnică fiind elaborată cu încălcarea Listelor de lucrări impuse.

În opinia intervenientului, oferta sa este conformă și din perspectiva articolului DB22B1, rețeta acestui articol respectând întocmai cerințele caietului de sarcini și normativul aplicabil.

Afirmația contestatorului potrivit căreia art. DB22B1 are în componență o cantitate de emulsie de 45 kg/100 mp, inferioară celei de 55 kg/100 mp este complet falsă, după cum susține intervenientul, deoarece cantitatea de 55 kg/100 mp (la care face referire) este, de fapt, cantitatea de liant bituminos necesară la tratarea suprafețelor și nu la cantitatea de emulsie bituminoasă din componenta acestuia.

Totodată, intervenientul susține că a respectat și cerințele aplicabile articolului DB02D1, contrar celor precizate de contestator care afirmă că era necesară și modificarea rețetei articolului de amorsare DB02D1 pusă la dispoziție de autoritatea contractantă, critică ce este inadmisibilă (tardivă).

Intervenientul învederează că, în cazul ofertei sale rețeta articolului coincide cu Indicatorul de norme de deviz, conform cerinței explicite a autorității contractante, în timp ce în cuprinsul propunerii tehnice a prezentat, în mod detaliat, modul de respectare a cerinței de la pct. 3.2.2 din caietul de sarcini referitoare la amorsarea suprafeței stratului suport și a rosturilor de lucru.

Și cerința referitoare la executarea lucrărilor de umplere a canalelor din dreptul șinelor de tramvai a fost respectată, după cum susține intervenientul, susținerea contestatorului potrivit căreia nu a fost inclus în propunerea tehnică și financiară un material de amorsare certificat AFER, procurat de la un furnizor feroviar autorizat AFER, este neîntemeiată, întrucât materialul de amorsare a fost inclus în rețeta articolului relevant sub denumirea „emulsie specială”.

De asemenea, se arată că, deși nu s-a solicitat în documentația de atribuire, ...SRL este agrementată AFER prin Acord Tehnic Feroviar seria AT nr. 630/2021 pentru construcție, modernizare, reabilitare linii de tramvai (transport urban pe șine), respectiv deține autorizație de furnizor feroviar seria AF nr. 7574 pentru construirea, modernizarea, reabilitarea căii de rulare pentru tramvai, motiv pentru care și din acest punct de vedere susținerile contestatorului sunt nefundamentate.

Intervenientul susține că a îndeplinit cerința referitoare la executarea lucrărilor în conformitate cu AND 605-2016, fiind respectate în egală măsură și consumurile minime impuse în acest sens pe diferite tipuri de materiale, motivul contestației sub acest aspect fiind unul nereal.

De altfel, subliniază intervenientul, ceea ce se contestă este faptul că s-a realizat o analiză a propunerilor financiare exclusiv prin compararea prețurilor, fără ca autoritatea contractantă să se asigure că ...SRL a inclus cantitățile minime prevăzute de AND 605-2016.

În opinia intervenientului, contestatorul se rezumă doar la a formula critici generale și nu precizează, în mod concret, care ar fi cantitățile minime neasumate de ...SRL, sens în care critica nu respectă condițiile de formulare a motivelor de contestare.

În același fel, se apreciază că și reclamațiile referitoare la încălcarea principiului tratamentului egal nu își găsesc aplicabilitatea, în condițiile în care contestatorul nu relevă vreo situație în care ...SRL să fii beneficiat de vreun avantaj nelegal.

În ceea ce privește criticile ce vizează propunerea financiară, intervenientul precizează că ...SRL își fundamentează criticile pe legătura directă cu preținsele neconformități de natură tehnică, ori, din moment ce acestea sunt neîntemeiate, în mod corespunzător, nici critica referitoare la propunerile financiare nu este justificată.

În opinia intervenientului, tabelul comparativ prezentat de ...SRL este eronat și complet irelevant, mențiunile din cuprinsul coloanei "Cantitate ofertată ..." fiind greșite, potrivit celor arătate prin intermediul argumentelor de combatere a criticilor de natură tehnică.

La fel de eronate și lipsite de elementele probatorii necesare sunt, după cum susține intervenientul, și afirmațiile referitoare la nerespectarea cantităților de materiale prevăzute în conformitate cu AND 605-2016 care ar fi determinat un preț nejustificat de scăzut, având în vedere că a fost respectat, în elaborarea ofertei, normativul în discuție, inclusiv în ceea ce privește cantitățile de materiale.

Mai mult, se arată că, potrivit prevederilor caietului de sarcini, ofertanții își pot constitui propriile consumuri de resurse în funcție de propriile tehnologii, iar prin răspunsurile de clarificări din 02.05.2021 s-a indicat inclusiv că „pentru articolele cuprinse în Anexa 10 - ofertanții își pot constitui propriile consumuri de resurse în funcție de propriile tehnologii”.

De altfel, toate aceste critici aduse admisibilității propunerilor financiare depuse de ...SRL nu respectă, în opinia intervenientului, cerința legală referitoare la caracterul concret al motivului de contestare, evidențiat în repetate rânduri în jurisprudența CNSC, criticile fiind formulate la modul general, fără indicarea explicită a elementelor de inadmisibilitate.

De asemenea, criticile aduse modului de lucru al comisiei de evaluare nu sunt justificate prin raportare la faptul că din analiza raportului procedurii de atribuire rezultă că evaluarea ofertelor a fost realizată cu respectarea tuturor obligațiilor legale.

Deopotrivă nefundamentate sunt și alegațiile referitoare la netransmiterea unor solicitări de clarificări către ...SRL cu privire la fundamentarea propunerii financiare, prețurile ofertate nefiind neobișnuit de scăzute, iar contestatorul nu a demonstrat, după cum se arată, o astfel de situație prin contestația formulată.

În drept, se invocă prevederile art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, art.61 și urm. din CPC și art.21 din Constituție.

Ca mijloace de probă, au fost depuse înscrisuri.

Urmare a studierii documentelor aflate la dosarul cauzei, cu adresa nr. 2306/24.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 61640/24.11.2021, ...SRL a depus concluzii scrise, prin care a combătut cele arătate de autoritatea contractantă.

Cu adresa nr. 4269/25.11.2021, înregistrată la CNSC sub nr. 61949/25.11.2021, ...SRL a depus note scrise.

Consiliul, relativ la cererea de intervenție formulată de ...SRL, văzând că acesta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, fiind ofertantul declarat câștigător al loturilor contestate, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, o încuviințează, în principiu, ca cerere de intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Cererea de intervenție este una accesorie în interesul autorității contractante, deoarece intervenientul urmărește aceeași finalitate ca autoritatea contractantă, respectiv respingerea contestației cu consecința menținerii actelor întocmite în cadrul procedurii.

În sensul că ofertanții declarați câștigători nu pot formula decât intervenție accesorie în favoarea achizitorului, s-a pronunțat și practica judiciară, relevantă fiind decizia civilă nr.2760/28.06.2012, pronunțată de Curtea de Apel București, în care s-a decis și că, în mod corect, Consiliul a procedat la recalificarea cererii de intervenție ca fiind în interesul autorității contractante, iar nu în interes propriu, dar și decizia nr.4438/26.05.2014, pronunțată de Curtea de Apel Cluj, decizia nr.2513/31.03.2014, pronunțată de Curtea de Apel Alba Iulia și decizia nr.3384/R-CONT/05.09.2014, pronunțată de Curtea de Apel Pitești.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire, prin licitație deschisă, organizată pe 3 loturi, în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „**Lucrări de întreținere și reparații drumuri în ...**”, prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare nr. .../11.06.2021.

Valoarea estimată totală a achiziției este între 15470995,48 și 193671400,64 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „*prețul cel mai scăzut*”.

Au fost depuse în cadrul procedurii, 5 oferte pentru lotul 1, 3 oferte pentru lotul 3 și 4 oferte pentru lotul 4, în urma evaluării cărora a fost emis raportul procedurii nr. 81825/25.10.2021, în care s-a consemnat modul de derulare al procedurii, ofertele respinse și motivele care au stat la baza respingerii, precum și ofertele admisibile, câștigător al loturilor menționate fiind ...SRL.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, ...SRL, a cărui ofertă a fost desemnată admisibilă și clasată pe locul 2, a investit

Consiliul cu soluționarea contestației de față, constituind cauțiunea în cuantumul stabilit de lege.

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

...SRL critică decizia de atribuire a contractului în cazul loturilor 1, 3 și 4, susținând că este nelegală, deoarece ...SRL:

- se află în situația de excludere prevăzută de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 164 alin. (1) lit. g) și alin. (2) din același act normativ;
- nu a respectat specificațiile minime ale caietului de sarcini;
- nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse.

În analiza temeiniciei primului considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei criticate, Consiliul reține că ...SRL este nemulțumit de declararea ofertei ...SRL drept câștigătoare, apreciind că acesta trebuia exclus din procedură având în vedere condamnarea definitivă suferită de dl. ..., pentru infracțiunea de fals în înscrisuri sub semnătură privată, pe de o parte, iar, pe de altă parte, că a ascuns autorității contractante existența motivului de excludere.

Prescripțiile legale la care face contestatorul referire, prezintă conținutul:

- art. 164 alin. (1) lit. g) și alin. (2) din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic cu privire la care a stabilit, în urma analizei informațiilor și documentelor prezentate de acesta, sau a luat cunoștință în orice alt mod că a fost condamnat prin hotărâre definitivă a unei instanțe judecătorești, pentru comiterea uneia dintre următoarele infracțiuni: (...)

g) fraudă, în sensul articolului 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

(2) Obligația de a exclude din procedura de atribuire un operator economic, în conformitate cu dispozițiile alin. (1), se aplică și în cazul în care persoana condamnată printr-o hotărâre definitivă este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare; de decizie sau de control în cadrul acestuia.

- art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016:

(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...)

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea autorității contractante în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, nu a prezentat aceste informații sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate;

Invocă contestatorul în susținerea afirmațiilor sale Sentința penală nr. ... din 11 decembrie 2019, pronunțată de Judecătoria Arad în dosarul nr. ..., pe care o depune la dosarul cauzei.

Având a determina în ce măsură condamnarea d-lui. ...atrage excluderea din procedură a ...SRL, Consiliul reține, față de textul integral al art. 164 din Legea nr. 98/2016, că legiuitorul nu a dorit să sancționeze cu excluderea din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru operatorii economici condamnați pentru orice fel de infracțiuni, ci doar pentru cele enumerate limitativ la alin. (1) al articolului.

La lit. g) a articolului menționat, incident ofertei câștigătoare în opinia contestatorului, este consacrat cazul de excludere din procedură a acelui operator economic condamnat definitiv de o instanță de judecată pentru comiterea infracțiunii de *fraudă în sensul în care reglementează art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995*.

Așadar, nu doar că operatorul economic nu poate fi exclus din cadrul procedurii de atribuire pentru oricare infracțiune, dar și în cazul celor expres și limitativ prevăzute, legiuitorul a înțeles să stabilească anumite circumstanțieri, în cazul lit. g) înțelegând să sancționeze cu excluderea acel operator economic care se face vinovat de săvârșirea infracțiunii de fraudă în înțelesul articolului expres precizat, respectiv a art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995.

Articolul la care se face trimitere, respectiv art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995, prevede că:

(1) În sensul prezentei convenții, **constituie fraudă care aduce atingere intereselor financiare ale Comunităților Europene:** (a) în materie de cheltuieli, orice acțiune sau omisiune intenționată cu privire la:

— **folosirea sau prezentarea unor declarații sau documente false, inexacte sau incomplete care au ca efect perceperea sau reținerea pe nedrept a unor fonduri care provin din bugetul general al Comunităților Europene sau din bugetele gestionate de Comunitățile Europene sau în numele acestora;**

În concluzie, pentru ca operatorul economic să poată fi exclus din procedură în temeiul art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, trebuie să fi săvârșit o faptă de fraudă în sensul art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995. Cazul de excludere operează și în cazul în care fapta a fost săvârșită de o persoană având calitățile menționate la alin. (2) al articolului arătat.

Analizând Sentința penală nr. ... din 11 decembrie 2019, pronunțată de Judecătoria Arad în dosarul nr. ..., rămasă definitivă pentru neexercitarea căii de atac, Consiliul constată că dl. ...a fost condamnat la pedeapsa de 1 an închisoare pentru săvârșirea infracțiunii de fals în înscrisuri sub semnătură privată, prevăzută de art. 322 alin. (1) Cod penal, cu aplicarea art. 480 alin. (4) C. proc. pen. Aplicarea pedepsei a fost amânată, în temeiul art. 83 alin. (1)

Cod penal, pe un termen de supraveghere de 2 ani de la rămânerea definitivă a hotărârii.

Pentru a decide astfel, instanța a avut în vedere că persoana menționată, în calitate de împuternicit al ...SRL, a falsificat adresa nr. 295/24.03.2016 ce conținea oferta de preț din partea ... SRL, cu prețul de 3,5 euro/tona pentru servicii de depozitare deșeuri, în timp ce, în realitate, operatorul economic arătat nu a emis actul menționat și nu a făcut o ofertă cu prețul de 3,5 euro/tona, oferta de preț practică de respectivul operator pentru depozitare a deșeurilor fiind de 9,5 euro/tona.

Observă Consiliul că instanța de judecată nu a reținut în sarcina d-lui. ...comiterea vreunei infracțiuni împotriva intereselor Uniunii Europene, respectiv de „*fraudă în sensul art. 1 din Convenția privind protejarea intereselor financiare ale Comunităților Europene din 27 noiembrie 1995*” și nu a aplicat persoanei menționate pedeapsa complementară a interzicerii dreptului de a participa la procedurile de achiziție publică.

De asemenea, observă Consiliul că nu rezultă de nicăieri din cadrul sentinței că procedura de achiziție în care persoana de mai sus a falsificat și uzat de înscrisul astfel emis, a implicat fonduri europene ori a afectat în mod concret interesele financiare ale Uniunii Europene, inclusiv bugetele acestora și ale instituțiilor sale, că în cadrul procesului ar fi fost implicată vreo instituție a Uniunii Europene ori măcar organismul cu atribuții de supraveghere, control în ceea ce privește utilizarea fondurilor europene, respectiv DLAF-ul, constituit la nivelul României prin Legea nr. 61/2001 privind organizarea și funcționarea Departamentului pentru lupta antifraudă – DLAF.

O confirmare în sensul că fondurile utilizate în procedura de achiziție în care dl. ...a falsificat și uzat de înscrisul astfel emis, ar fi fost fonduri europene, nu se regăsește nici la nivelul anunțului de participare prin care respectiva procedură a fost inițiată, la cap. III 1.2) – „Principalele modalități de finanțare și plată și/sau trimitere la dispozițiile relevante” fiind menționat „Bugetul local al ...”. Așadar, autoritatea contractantă a utilizat fonduri proprii.

De altfel, nicăieri nu demonstrează contestatorul, contrar art. 10 alin. (1), art. 14 alin. (2) și art. 249 C.proc.civ., care impun părților să susțină prin mijloace de probă cele ce afirmă în fața Consiliului, toate cele menționate.

Se limitează contestatorul la a susține că persoana în discuție a fost condamnată urmare a faptei săvârșită în cadrul procedurii de atribuire inițiată de aceeași autoritate contractantă prin anunțul de participare nr. 163561/14.10.2015, aspect care rezultă și din sentința arătată, însă aceste informații nu sunt suficiente pentru a se concluziona că este vorba despre săvârșirea faptei vizate de textul art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Totodată, observă Consiliul că în cadrul certificatului constatator nr. 481469/28.06.2021, emis de Oficiul Registrului Comerțului de pe

lângă Tribunalul București, depus de ...SRL în cadrul ofertei sale, nu se regăsește vreo mențiune cu privire la săvârșirea vreunei fapte de natura celei la care face referire art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016.

Față de aceste considerente, Consiliul nu poate reține că fapta comisă de dl. ...este de natura celei prevăzute la art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, astfel încât să fie aptă a atrage excluderea ofertantului câștigător în baza acestui text legal.

Mergând mai departe, pentru a putea fi aplicată sancțiunea excluderii din procedură, în considerarea art. 164 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, trebuie ca dl. ...să fi deținut la data limită de depunere a ofertelor în cadrul procedurii de față (14.07.2021) vreuna dintre calitățile indicate expres de lege, respectiv calitatea de membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al operatorului economic, ori să aibă putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.

Se observă că nici în acest caz contestatorul nu demonstrează și nu probează că persoana numită ar fi deținut vreuna dintre calitățile menționate la data depunerii ofertelor în cadrul procedurii de față. Nu se demonstrează că persoana arătată ar fi avut vreuna dintre calitățile menționate nici măcar la data săvârșirii faptei pentru care a fost condamnată.

Astfel, analizând Sentința penală nr. ... din 11 decembrie 2019 din această perspectivă, Consiliul constată că singura calitate care este atribuită de instanță persoanei în discuție este aceea de „împuternicit”, ori această calitate nu poate conduce automat la concluzia că persoana menționată **este membru al organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic sau are putere de reprezentare, de decizie sau de control în cadrul acestuia.**

Într-adevăr, persoana menționată a avut funcția de Director Infrastructură Zona de Vest România, calitate în care a semnat acordul – cadru în executarea căruia a comis infracțiunea pentru care a fost condamnat, însă nu se poate concluziona dincolo de orice dubiu că a acționat în una din calitățile prevăzute de lege. Din împuternicirea primită din partea președintelui consiliului de administrație în vederea semnării documentelor ...SRL, rezultă doar că persoana în discuție a avut calitatea de „împuternicit”, așa cum a reținut și instanța de judecată.

Dincolo de aceasta, printre documentele probante depuse de intervenientul ...SRL, se regăsește certificatul constatator nr. 408111, generat de Oficiul Național al Registrului Comerțului la data de 09.11.2015, anterior comiterii faptei care a condus la condamnarea numitului ..., precum și certificatului constatator nr. 481469/28.06.2021, prezentat de ...SRL printre documentele de calificare din cadrul ofertei depusă în procedura de față, documente din care nu rezultă că persoana în discuție ar fi avut sau ar avea vreuna dintre calitățile prevăzute de lege.

Din primul certificat constatator rezultă că ...SRL avea asociat persoana juridică, ce deține un număr de părți sociale de 16.000 și o cotă de participare la beneficii și pierderi de 100%/100%, persoane fizice împuternicite fiind ... – administrator, ... – administrator și ... – administrator, în timp ce, din cel de al doilea certificat constatator, rezultă o modificare în ceea ce privește persoanele fizice împuternicite, acestea fiind: A... – administrator, ...- administrator, ...- administrator și ... – administrator.

În cazul ambelor certificate, nu există înregistrări pentru asociați persoane fizice, nu există înregistrări pentru reprezentant acționar/asociat/membru (persoană juridică), persoane împuternicite (persoane juridice), nu există înregistrări pentru cenzori.

De asemenea, observă Consiliul, din conținutul aceluiași certificate constatatoare, că ...SRL nu are înregistrată vreo sucursală la Timișoara, ci doar punct de lucru.

Nu în ultimul rând, relevante se rețin a fi documentele prezentate de ofertantul câștigător în dovedirea îndeplinirii criteriului de calificare prevăzut la cap. III.1.1.a) – „*Situația personală a candidatului sau ofertantului*” din fișa de date, având conținutul:

1. Ofertantii/asociații, terții sustinatori și subcontractanții nu trebuie să se regasească în situațiile prevăzute la art. 164, 165 și 167 din L. 98/2016 – pentru fiecare lot în parte. Autoritatea contractantă va exclude din prezenta procedură de atribuire ofertantul care se încadrează în prevederile art. 164, 165 și 167 din Legea nr. 98/2016. Modalitatea prin care poate fi demonstrată îndeplinirea cerinței: se va completa DUAE de către operatorii economici cu informațiile aferente situației lor. Documentele justificative care probează îndeplinirea celor asumate prin completarea DUAE vor fi prezentate la solicitarea autorității contractante doar de către ofertantul clasat pe locul I în clasamentul întocmit la finalizarea evaluării ofertelor. Acestea sunt: cazierul judiciar al operatorului economic, cazierul judiciar al membrilor organului de administrare, de conducere sau de supraveghere al respectivului operator economic, precum și a celor cu putere de decizie, de reprezentare sau de control în cadrul acesteia, așa cum rezulta din certificatul ONRC/actul constitutiv; printre cazierele judiciare depuse nefiind regăsit și cel aparținând d-lui ..., ceea ce demonstrează cert că persoana menționată nu deține în cadrul ...SRL una dintre calitățile vizate de lege.

Luând în considerare cele mai sus expuse, din care rezultă cu prisosință că fapta imputată d-lui ...scapă incidenței legislației achizițiilor publice, dar și că persoana menționată nu deține una dintre calitățile expres prevăzute de lege, Consiliul nu poate valida susținerea contestatorului conform căreia ofertantul câștigător se încadrează în cazul de excludere prevăzut de art. 164 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 98/2016, iar decizia de atribuire ar fi nelegală din această perspectivă.

Pe cale de consecință, în contextul în care incidența cazului de excludere nu s-a confirmat, nu se poate imputa ...SRL nici completarea defectuoasă a DUAE și, prin urmare, incidența cazului de excludere prevăzut de art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Dispozițiile art. 193 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 98/2016, stabilesc că autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor, DUAE (documentul unic de

achiziție european) care constă într-o declarație pe propria răspundere actualizată care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții: a) nu se află în nici una din situațiile de excludere menționate la art.164, 165 și 167.

Rezultă astfel că ofertantul ...SRL avea obligația de a declara în cadrul DUAE orice situație de excludere stipulată de art.164, 165 și 167 din lege la momentul depunerii ofertei, iar comisia de evaluare avea obligația de a verifica, în temeiul art. 132 din HG nr. 395/2016, modul de îndeplinire prin analizarea conținutului DUAE și de a decide, dacă se impune, respingerea ofertei, ca inacceptabilă, în conformitate cu dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. b) din același act normativ, care stipulează că: În condițiile art.215 alin.(4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: ... b) **a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a completat DUAE în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă**".

Cum ofertantul declarat câștigător nu se regăsește în vreunul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege este evident că nu se poate reține nici incidența cazului de excludere prevăzut la art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, ...SRL completând DUAE conform situației sale.

Este adevărat că ofertantul are obligația de sinceritate față de autoritatea contractantă, însă aceasta nu poate fi invocată cu privire la oricare faptă, ci este legată exclusiv de faptele apte a conduce la excluderea ofertantului din procedură, prevăzute explicit de lege. Numai în cazul în care ofertantul nu a făcut cunoscută autorității contractante una dintre aceste fapte i se poate imputa nerespectarea obligației de sinceritate și, pe cale de consecință, este atrasă incidența cazului de excludere prevăzut la lit. h) a art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Ar fi absurd să se considere că în virtutea obligației de sinceritate ofertantul trebuie să declare oricare faptă.

Chiar din practica judiciară prezentată de contestator, rezultă că pe numele ofertanților se aflau emise documente constatatoare cu privire la executarea unor contracte de achiziție publică, deci nu exista niciun dubiu cu privire la modalitatea de îndeplinire a contractelor care a culminat cu emiterea lor, ceea ce, în speța de față, nu se poate concluziona. Nu se poate concluziona că din conținutul Sentinței penale nr. ... din 11 decembrie 2019, rezultă săvârșirea faptei prevăzută la lit. g) a art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

În ceea ce privește aplicarea în cazul ...SRL a dispozițiilor art. 171 din Legea nr. 98/2016, care instituie excepția de la regula respingerii ofertei în cazul în care ofertantul se află într-unul dintre cazurile de excludere prevăzute la art. 164 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, Consiliul apreciază, față de cele ce preced, că autoritatea contractantă nu era în drept să dea eficiență acestora.

Se impunea ca ...SRL să se afle cu certitudine în cazul de excludere pentru a i se putea solicita prezentarea de dovezi privind credibilitatea, ori aceasta nu s-a demonstrat.

De altfel, după cum rezultă din adresa de solicitare de documente suport DUAE, transmisă ofertantului în baza art. 196 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, însăși autoritatea contractantă a arătat că infracțiunea pentru care a fost condamnat dl. ...nu este cuprinsă în legislația achizițiilor publice, însă solicită demonstrarea credibilității cu scopul de a risipi orice suspiciune.

Prin urmare, susținerile contestatorului sunt întemeiate însă din considerentele arătate, iar nu din cele ale incidenței art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016.

Următorul considerent de pretinsă nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului este constituit de susținerea contestatorului conform căreia ...SRL a întocmit propunerea tehnică aferentă loturilor contestate, cu nerespectarea cerințelor caietului de sarcini, respectiv:

- în cazul lotului 1:

- nu a respectat cerința caietului de sarcini referitoare la realizarea lucrărilor aferente articolului DA15A1 cu „benzi de folie de polietilenă”;

- nu a respectat cerința din caietul de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DI01B1 cu „criblură sort 4-8” și „EbmCR – emulsie cationică cu bitum modificat cu polimeri”;

- în cazul lotului 3:

- nu a respectat cerința caietului de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DD02A1 cu „adeziv elastic de exterior sau adeziv pentru marmură și piatră naturală”;

- nu a respectat cerința caietului de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DB22B1 cu „emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă cu 60% bitum” și cu „nisip natural sort 0-4”;

- nu a respectat cerința caietului de sarcini referitoare la executarea lucrărilor aferente articolului DB02D1 cu „emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă”;

- nu a respectat cerința caietului de sarcini referitoare la executarea lucrărilor de umplere a canalelor din dreptul șinelor de tramvai cu un mastic special pe bază de rășini epoxidice (sau alt material similar) gata preparat cu agrementuri și aprobări legale.

Susține, de asemenea, contestatorul, că autoritatea contractantă nu a întreprins nici undemers prin care să se asigure că ...SRL a respectat cerința din documentația de atribuire referitoare la executarea lucrărilor în conformitate cu AND 605-2016.

Reținând temeinicia considerațiilor exprimate în contestație cu privire la caracterul obligatoriu al documentației de atribuire, Consiliul observă că, în ceea ce privește prima neconformitate, deși impută ofertantului câștigător nerespectarea specificațiilor caietului de sarcini, arată contestatorul că ...SRL avea obligația de a introduce *manual* în

rețeta articolului DA15A1 – Fundație din beton de ciment, materialul „benzi de folie de polietilenă”, articol care, așa cum tot contestatorul arată, conform indicatorului de drumuri nu conține respectivul material.

Invocă contestatorul în susținere cerința de la pag. 5 din caietul de sarcini, Anexa nr.8, în care se precizează:

În cazul în care ofertanții, în cadrul articolelor de deviz își constituie propriile consumuri de resurse funcție de propriile tehnologii de execuție, în cadrul propunerii tehnice (descriere normă pentru o unitate de măsură) și financiare (conform cantităților, ponderilor și prețurilor care formează oferta) vor fi prezentate rețetele acestor articole, rețete care vor fi corelate cu procedurile de execuție solicitate în cadrul propunerii tehnice.

Consiliul nu achiesează opiniei contestatorului câtă vreme acesta nu precizează care este specificația caietului de sarcini care a fost încălcată de ofertantul câștigător, respectiv unde anume în caietul de sarcini se regăsește impusă rețeta care, în opinia contestatorului, trebuia respectată și în raport cu care să poată fi trasă concluzia că ofertantul în discuție avea obligația de a include materialul arătat în articolul de deviz DA15A1 – Fundație din beton de ciment.

O asemenea obligație nu rezidă din cadrul prevederii evocată mai sus, deoarece, așa cum lesne se poate observa, conține obligația ofertanților ca în eventualitatea în care, în cadrul articolelor de deviz își constituie propriile consumuri de resurse funcție de propriile tehnologii de execuție, să prezinte rețetele acestor articole. Obligația este, așadar, corelativă exercitării unui drept lăsat la latitudinea ofertanților de către autoritatea contractantă.

Dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016, stabilesc că oferta se respinge, ca neconformă, dacă a) nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, or, în speța de față, nu se poate stabili cerința caietului de sarcini care a fost încălcată.

Pe de altă parte, nu pot fi omise atribuțiile comisiei de evaluare în cadrul procedurii de atribuire, printre care, corespunzător etapei de evaluare, se regăsește cea statuată la art. 127 alin. (1) lit. f) din H.G. nr. 395/2016, respectiv cea a f) verificării conformității propunerilor tehnice ale ofertanților cu prevederile caietului de sarcini, și nici obligația ofertantului din etapa de întocmire a ofertei, aceea de a respecta întocmai documentația de atribuire, statuată la art. 75 din Legea nr. 98/2016 și art. 123 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016.

Potrivit jurisprudenței constante a CJUE, *„în temeiul articolului 2 din Directiva 2004/18, unei autorități contractante îi revine sarcina de a respecta cu strictețe criteriile pe care ea însăși le-a stabilit”* (Hotărârea din 10 octombrie 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punctul 40, și Hotărârea din 6 noiembrie 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punctele 42 și 43, Hotărârea din 2 iunie 2016, Pippo Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punctul 39)".

Prin urmare, autoritatea contractantă este abilitată să verifice doar îndeplinirea acelor cerințe pe care a înțeles să le impună explicit,

iar nu a unora rezultat al unor aprecieri proprii, așa cum invocă contestatorul.

Consiliul reține ca relevantă și concluzia Curții de Justiție a Uniunii Europene regăsită în Hotărârea din 16 aprilie 2015, cauza C-278/14, având ca obiect o cerere de decizie preliminară formulată de Curtea de Apel Alba Iulia, în procedura SC Enterprise Focused Solutions SRL împotriva Spitalului Județean de Urgență Alba Iulia:

*„Articolul 23 alineatul (8) din Directiva 2004/18/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 31 martie 2004 privind coordonarea procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice de lucrări, de bunuri și de servicii, astfel cum a fost modificată prin Regulamentul (UE) nr. 1251/2011 al Comisiei din 30 noiembrie 2011, nu este aplicabil unui contract de achiziții publice a cărui valoare nu atinge pragul de aplicabilitate prevăzut de această directivă. În cadrul unui contract de achiziții publice care nu intră sub incidența directivei menționate, dar care prezintă un interes transfrontalier cert, aspect a cărui verificare este de competența instanței de trimitere, normele fundamentale și principiile generale ale Tratatului FUE, în special principiile egalității de tratament și nediscriminării, precum și obligația de transparență care rezultă din acestea trebuie interpretate în sensul că **autoritatea contractantă nu poate respinge o ofertă care îndeplinește cerințele anunțului de participare pe baza unor motive care nu sunt prevăzute în anunțul menționat.**”*

Astfel fiind, argumentele contestatorului nu se constituie în unele pertinente de natură a atrage infirmarea deciziei de atribuire a contractului din perspectiva neconformității invocate.

Similar reține Consiliul și în privința celorlalte neconformități invocate de contestator, în susținerea cărora acesta invocă aceeași obligație de modificare a unor rețete prin introducerea manuală de diferite materiale.

Totodată, relevanță are prevederea de la pag. 5 a caietului de sarcini, capitolul Precizări, prin care a menționat autoritatea contractantă că ofertanții își pot constitui propriile consumuri de resurse funcție de propriile tehnologii, dar și răspunsul consolidat privind întrebarea primită la data de din 15.06.2021, în care s-a precizat că prevederea își extinde aplicabilitatea și în cazul articolelor cuprinse în Anexa 10.

Nici argumentul contestatorului conform căruia autoritatea contractantă nu a întreprins niciun demers prin care să se asigure că ...SRL a respectat cerința din documentația de atribuire referitoare la executarea lucrărilor în conformitate cu AND 605-2016, nu poate fi primit în contextul în care atribuția de a stabili necesitatea unor clarificări formale sau de confirmare, în sensul în care reglementează art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, aparține comisiei de evaluare.

Pe de altă parte, procedând la verificarea propunerii tehnice depusă de ...SRL, Consiliul constată că acesta și-a asumat obligația respectării normativului indicat de contestator, făcând referire la el în nenumărate părți ale propunerii tehnice, astfel că solicitarea unei confirmări exprese în sensul celei la care face contestatorul referire apare ca lipsită de utilitate.

Plecând de la cele mai sus constatate cu privire la criticile legate de propunerea tehnică depusă de ofertantul câștigător, Consiliul apreciază ca nefondate și pe cele privitoare la prețul propus de ...SRL, apropiat, de altfel, de cel ofertat de contestator în cazul fiecăruia dintre cele 3 loturi contestate.

Astfel, în analizarea criticii în discuție, relevante sunt următoarele dispoziții legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016:

(1) În cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzută în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respectiva ofertă.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

b) soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

(4) Autoritatea contractantă respinge întotdeauna o ofertă atunci când constată că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut deoarece nu respectă obligațiile prevăzute la art. 51 alin. (1).

(5) Atunci când autoritatea contractantă constată că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut deoarece ofertantul beneficiază de un ajutor de stat, oferta respectivă poate fi respinsă doar din acest motiv numai dacă, în urma clarificărilor solicitate, ofertantul nu a putut demonstra, într-un termen corespunzător stabilit de autoritatea contractantă, că ajutorul de stat a fost acordat în mod legal.

(6) În cazul în care autoritatea contractantă respinge o ofertă pentru motivul prevăzut la alin. (5), va informa Comisia Europeană după consultarea cu Consiliul Concurenței.

- art. 136 din HG nr. 395/2016:

(1) În situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

(2) Explicațiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

(3) În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.

Având în vedere că legislația actuală, spre deosebire de legislația anterioară (O.U.G. nr. 34/2006 și H.G. nr. 925/2006), nu definește ofertele cu preț neobișnuit de scăzut prin stabilirea unui procent din valoarea estimată, Consiliul reține că, în conformitate cu prevederile art. 4 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, prețurile produselor și tarifele serviciilor și lucrărilor se determină în mod liber prin concurență, pe baza cererii și ofertei, aspect care este susținut și de propunerile financiare depuse de ofertanții participanți la procedură.

În acest context, Consiliul apreciază că propunerile financiare depuse în cadrul procedurii de atribuire reflectă eforturile operatorilor economici de a depune oferte competitive și preocupările lor pentru controlul și optimizarea costurilor iar, în speță, autoritatea contractantă nu a considerat că oferta depusă de ...SRL are un preț aparent neobișnuit de scăzut, astfel încât nu a făcut verificări referitoare la acest aspect prin solicitarea unei justificări a prețului.

Așadar:

- legea nu mai stabilește un anumit procent aplicat la valoarea estimată a contractului, care să determine prezumția legală că ofertantul are un preț neobișnuit de scăzut și posibil să nu aibă capacitatea de a îndeplini contractul și cerințele caietului de sarcini;
- prin abrogarea pragului stabilit de lege, rămâne în sarcina autorității contractante doar obligația să analizeze dacă un preț este sau nu neobișnuit de scăzut și dacă ofertantul, prin prețul ofertat, are capacitatea de a-i satisface nevoile, de a îndeplini contractul și cerințele caietului de sarcini;
- obligația autorității contractante de a solicita clarificări cu privire la formarea și fundamentarea prețului se naște numai în situația în care, în urma analizei proprii, autoritatea contractantă stabilește că prețul este unul neobișnuit de scăzut, neexistând, ca în cazul legislației anterioare, o obligație automată de solicitare de clarificări dacă prețul coboară sub un anume prag.

În speță, autoritatea contractantă a analizat propunerea financiară a ofertantului câștigător și a declarat-o admisibilă în urma analizei proprii, considerând că nu sunt necesare clarificări. Analiza comisiei de evaluare cu privire la prețurile principalelor materiale se

regăsește, așa cum arată și contestatorul, în procesul - verbal privind evaluarea propunerilor financiare nr. 78830/13.10.2021.

După cum se poate observa, art. 136 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, citat într-un paragraf anterior, are ca finalitate asigurarea autorității contractante că ofertantul are posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire, urmând să solicite clarificări pentru a obține această siguranță. În cazul de față, autoritatea contractantă, la momentul analizării propunerii financiare, avea o imagine clară asupra ofertei depusă de câștigător, constatând, anterior, conformitatea acesteia din punct de vedere tehnic și astfel neavând motiv să solicite explicațiile la care se referă textul de lege.

În speță, contestatorul nu aduce vreo dovadă din care să reiasă imposibilitatea câștigătorului de a îndeplini obligațiile contractuale în forma în care și le-a asumat prin oferta depusă, din cauza prețului.

Potrivit art. 249 C. proc. civ., cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, contestatorul avea nu doar dreptul să susțină că oferta câștigătorului prezintă un preț neobișnuit de scăzut, ci și obligația de a-și dovedi susținerile prin probe cu prețurile pieței în materie care să demonstreze că oferta contracandidatului său este nesustenabilă economic.

Astfel fiind, Consiliul nu poate reține incidența art. 137 alin. (3) lit. c) și d) din H.G. nr. 395/2016, care să conducă la respingerea ofertei câștigătoare din cauza prețului.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din H.G. nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu respectarea legislației în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei clasate pe locul I, sunt nefondate, urmând să fie respinse.

Stabilind că nu sunt elemente care să conducă la infirmarea deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, criticile contestatorului fiind lipsite de temeinicie, Consiliul, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația, ca nefondată.

Față de soluția prefigurată, va admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ...SRL.

Decizia este obligatorie pentru părți, potrivit art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Admite cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante, formulată de ...SRL.

Obligatorie.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.

....