CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 1889/30.04.2018, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 17286/02.05.2018, depusă de asocierea ..., prin liderul său, SC ... SA, cu sediul în ..., având CUI ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - director general, împotriva raportului procedurii nr. 5718/17.04.2018, comunicării rezultatului procedurii nr. 5719/17.04.2018, tuturor actele/documentele care au stat la baza întocmirii lor, precum și actelor subsecvente acestora, emise de ..., în calitate de autoritatea contractantă, cu sediul în ..., în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Extindere și modernizare rețele canalizare în ...”, s-a solicitat Consiliului admiterea contestației și:

1. obligarea autorității contractante să anuleze raportul procedurii nr. 5718/17.04.2018, toate documentele care au stat la baza întocmirii acestui raport, precum și toate actele subsecvente acestuia;

2. obligarea autorității contractante să anuleze adresa nr. 5719/17.04.2018, prin care s-a comunicat că oferta depusă de asocierea ... a fost declarată câștigătoare, toate documentele care au stat la baza întocmirii acestei adrese, precum și toate actele subsecvente acesteia;

3. obligarea autorității contractante să întocmească un nou raport al procedurii cu respectarea prevederilor legale, prin care să decidă:

- respingerea ofertei declarate câștigătoare, depusă de asocierea ..., având în vedere că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut;

- respingerea ofertelor depuse de SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, având în vedere că acestea au un preț neobișnuit de scăzut;

- reevaluarea ofertelor și declararea ca fiind câștigătoare a ofertei care respectă cerințele documentației de atribuire și care nu are un preț neobișnuit de scăzut;

4. recunoașterea dreptului asocierii ... privind accesul la dosarul achiziției publice, respectiv la informațiile din cadrul documentelor care alcătuiesc propunerea financiară depusă de ofertantul SC ... SRL și obligarea autorității contractante să-i transmită în copie, în format fizic sau electronic, toate documentele care alcătuiesc propunerea financiară a societății SC ... SRL.

Prin Încheierea nr. ..., s-a respins, ca nefondată, solicitarea asocierii ..., prin liderul său, SC ... SA, de suspendare a procedurii de licitație deschisă, organizată de către ....

Prin cererea de intervenție în interes propriu nr. 1267/08.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 18498/09.05.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., și adresa de corespondență în ..., având număr de înregistrare în registrul comerțului ... și CUI RO..., reprezentată legal de ... - administrator, referitor la contestația formulată de asocierea ..., s-a solicitat admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție în interes propriu, iar, în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod procedură Civilă, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației depusă de asocierea ..., ca nefondată,

Prin cererea de intervenție nr. 666/11.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 19076/11.1052018, formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..., cu sediul în ..., având număr de înregistrare în registrul comerțului ... și CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, și convențional prin ..., cu sediul în ..., sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură, referitor la contestația formulată SC ... SA, s-a solicitat:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;

- pe cale de excepție, admiterea excepției lipsei de interes a contestației (nulitatea pentru lipsa motivării);

- pe fond, respingerea contestației și menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,

asupra cauzei de față, constată următoarele:

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care asocierea ..., prin liderul său, SC ... SA, critică nelegalitatea rezultatului procedurii de atribuire, având în vedere următoarele aspecte:

1. Ofertele depuse de asocierea ..., SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL au un preț neobișnuit de scăzut, valoarea acestora reprezentând între 75,60% și 86,97% din valoarea estimată a investiției, de 22.558.702 lei, fără TVA, iar autoritatea contractantă nu a respectat prevederile art. 210, art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 136 din HG nr. 395/2016, prin faptul că nu a efectuat verificările necesare.

Nr. crt.	Ofertant	Valoare ofertă -lei	% din valoarea estimată
1	asocierea ...	17.054.416,87	75,60%
2	SC ... SRL	19.246.972,89	85,32%
3	SC ... SRL	19.338.069,28	85,72%
4	SC ... SRL	19.619.177,15	86,97%

Mai mult decât atât, contestatoarea susține că, în urma studierii ofertelor depuse de ceilalți participanți la procedură, a constatat următoarele:

• în cazul articolului IFB09B2 - Strat drenant cu grosimea: 20 cm din balast + BA16 - asocierea contestatoare a ofertat un preț de 87,34 lei/mp, ofertantul declarat câștigător, asocierea ... a ofertat un preț de 39,65 lei/mp, SC ... SRL a ofertat un preț de 7,96 lei/mp, iar SC ... SRL a ofertat un preț de 42,85 lei/mp;

• în cazul articolului DD02A1 - asimilat pavaj sau asfalt: Refacere, ofertantul câștigător a ofertat un preț de 5,67 lei/mp, de aproximativ 10 ori mai puțin decât oferta asocierii ..., care a fost de 52,38 lei/mp.

În consecință, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă ar fi trebui să respingă aceste oferte, având în vedere prețul neobișnuit de scăzut.

2. Având în vedere prevederile art. 216 din Legea nr. 98/2016, petenta constată că raportul procedurii nr. 5718/17.04.2018 nu a fost întocmit conform prevederilor legale, deoarece:

- nu face nicio referire la valoarea estimată a contractului de achiziție publică, valoarea de 22.558.702 lei, fără TVA, nefiind menționată nicăieri în cuprinsul acestui raport;

- nu face nicio mențiune privind faptul că oferta asocierii ... a fost inițial respinsă, iar, în urma notificării prealabile trimise,

autoritatea contractantă a adoptat măsuri de remediere, în sensul modificării procesului-verbal de deschidere a ofertelor nr. 2752/21.02.2018 și anulării adresei nr. 2780/21.02.2018, prin care se aducea la cunoștință respingerea ofertei asocierii;

- nu face nicio referire la măsurile luate pentru a verifica dacă prețul ofertei declarate câștigătoare este sau nu neobișnuit de scăzut, raportat la faptul că acest preț reprezintă 75,60% din valoarea estimată a contractului, fiind cu 5.504.285,13 lei mai mic decât valoarea estimată și cu 2.832.743,28 lei mai mic decât oferta asocierii ...;

- nu cuprinde nicio mențiune referitoare la motivele pentru care oferta asocierii ... a fost desemnată câștigătoare și nici nu descrie modul în care oferta acestei societăți se încadrează în condițiile impuse prin documentația de atribuire.

Prin adresa nr. 6092/25.04.2018 (răspunsul la notificarea noastră prealabilă), autoritatea contractantă admite că a încălcat legea prin modul de întocmire al raportului procedurii și precizează că va adopta măsuri de remediere în sensul includerii informațiilor omise în acest raport, dar, cu privire la rezultatul procedurii, menționează că nu va adopta nicio măsură de remediere.

3. Contestatoarea solicită comunicarea tuturor documentele de calificare și a documentelor care alcătuiesc propunerea financiară a SC ... SRL, în temeiul art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 și al principiului privind accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public, conform art. 1 din Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public.

Privitor la acest aspect, contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 6092/25.04.2018 (răspunsul la notificarea sa prealabilă), autoritatea contractantă i-a comunicat o parte din documentele solicitate, dar a refuzat să-i pună la dispoziție propunerea financiară prezentată de SC ... SRL, motivat de existența unei declarații de confidențialitate privind aceste documente.

Astfel, contestatoarea apreciază că refuzul autorității contractante de a-i pune la dispoziției toate documentele care alcătuiesc propunerea financiară a societății SC ... SRL, constituie o încălcare a prevederilor art. 217 alin. (4), (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, a principiului transparenței care stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, potrivit art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, și a principiului privind accesul liber și neîngrădit al persoanei la orice informații de interes public, consacrat prin Legea nr. 544/2011 privind liberul acces la informațiile de interes public.

În drept, se invocă dispozițiile Legii nr. 98/2016, Legii nr. 101/2016, HG nr. 395/2016 și Legii nr. 544/2011.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente.

Prin adresa nr. 6628/04.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 17786/07.05.2018, autoritatea contractantă transmite punct de vedere, invocând, în primul rând, excepția lipsei de interes a contestatoarei, având în vedere că oferta acesteia este clasată pe locul 5, chiar dacă se critică toate cele patru oferte clasate înaintea sa, solicitând respingerea contestației ca lipsită de interes.

Autoritatea contractantă consideră că asocierea ... nu poate beneficia de un folos practic, ca urmare a promovării contestației, în condițiile în care este pe locul 5, iar motivul principal invocat este prețul neobișnuit de mic la toate cele patru oferte, în condițiile în care legiuitorul nu a stabilit un prag de la care se poate declara că o ofertă are un preț neobișnuit de scăzut, ci a lăsat la latitudinea comisiei să constate această situație.

Astfel, autoarea contestației nu îndeplinește condițiile privind calitatea de persoana vătămată, potrivit art. 8, deoarece oferta sa, situându-se pe locul 5 (cinci) în clasamentul întocmit, nu ar putea fi declarată câștigătoare, în condițiile criteriului de atribuire „prețul cel mai scăzut”, iar, prin poziția acesteia, precum și prin criticile privind ofertele de pe locurile 1, 2, 3 și 4, nu face dovada existenței vreunui prejudiciu.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă practica judiciară constantă a Consiliului și a instanțelor de judecată, subliniind că, un interes imediat, nu se poate lua în considerare, deoarece interesul trebuie să îndeplinească cerința actualității, în ipoteza admiterii neconformității ofertei declarate câștigătoare, consecința ar fi declararea drept câștigătoare a ofertei clasate pe locul 2, și așa mai departe, ceea ce este improbabil de realizat.

De asemenea, acesta nu reprezintă un folos practic pentru petentă, care nu dobândește nici un beneficiu ca urmare a demersului său, nefiind în situația de a avea o șansă reală de atribuire a contractului de achiziție, situație în care nu sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

În continuarea expunerii sale, autoritatea contractantă invocă excepția inadmisibilității motivelor din contestație care nu au fost invocate prin notificarea de remediere, formulată în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016 și anume: cererea de suspendare a procedurii de atribuire, solicitând respingerea, în parte, a contestației ca inadmisibilă.

Cu privire la fondul cauzei, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației, având în vedere următoarele:

a. Critica referitoare la prețul neobișnuit de mic ofertelor depuse de ..., SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL este nefondată, întrucât societatea petentă confundă ipoteza prevăzută la art. 210 alin (1) din Legea nr. 98/2016.

În raport de aceste aspecte, ... supune atenției faptul că petenta se substituie autorității contractante și apreciază în locul

acesteia că ofertele declarate admisibile sunt inadmisibile, pe motivul prețului neobișnuit de scăzut, în condițiile în care legislația în vigoare nu mai stabilește un prag (procent) care trasează limita sub care ofertele financiare sunt considerate ca având prețuri neobișnuit de scăzut, prin raportare la valoarea estimată a contractului, și nici nu obliga autoritățile contractante să solicite ofertanților clarificări cu privire la modul de formare a prețurilor, în urma cărora să stabilească dacă acele oferte au un preț neobișnuit de scăzut sau nu.

Astfel, autoritatea contractantă consideră că susținerea petentei este în afara cadrului legal și solicită respingerea acesteia ca inadmisibilă,

b) Critica referitoare la raportul procedurii a fost însușită de către autoritatea contractantă, iar acesta a fost refăcut/revizuit, rămânând valabil fondul acestuia și anume clasamentul ofertanților.

c) Critica referitoare la refuzul de a pune la dispoziție toate documentele care alcătuiesc propunerea financiara a SC ... SRL este nejustificată, deoarece s-au aplicat prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, SC ... SRL având la documentație declarație de confidențialitate, motiv pentru care s-au comunicat datele solicitate.

În probațiune, s-au depus, în copie, documente aflate la dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. ..., Consiliul pune în discuția asocierii ... excepția lipsei de interes în formularea contestației și excepția inadmisibilități motivelor din contestație, care nu au fost invocate prin notificarea de remediere, formulată în temeiul art. 6 din Legea nr. 101/2016, invocate de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 6628/04.05.2018, înregistrat la Consiliu cu nr. 17786/04.05.2018, în considerarea prevederilor art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, solicitându-i punct de vedere cu privire la excepțiile invocate de autoritatea contractantă.

Prin cererea de intervenție în interes propriu nr. 1267/08.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 18498/09.05.2018, SC ... SRL solicită admiterea în principiu și pe fond a cererii de intervenție în interes propriu, iar, în subsidiar, în situația în care Consiliul va aprecia ca fiind inadmisibilă cererea de intervenție în interes propriu, admiterea cererii ca o intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în sensul prevăzut de art. 61 alin. (3) din Cod procedură Civilă, iar pe fondul cauzei, respingerea contestației depusă de asocierea ..., ca nefondată.

SC ... SRL solicită admiterea cererii sale de intervenție, în principiu, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 61 și urm. din Codul de procedură Civilă, având în vedere interesul și calitatea sa de ofertant clasat pe locul II în cadrul procedurii în discuție, aspect comunicat de autoritatea contractantă, prin adresa nr. 6270/26.04.2018.

În calitate de intervenient, SC ... SRL supune atenției Consiliului faptul că prin cererea de intervenție invocă atât dreptul său decurgând din îndeplinirea corespunzătoare a cerințelor impuse prin documentația de atribuire (așa cum rezulta din comunicarea rezultatului procedurii), cât și interesul ce izvorăște, în mod evident din acest drept, și din faptul că oferta a fost situată pe locul II, astfel că se impune ca, prin decizia ce o va pronunța, Consiliul să ia act de faptul că justifică un drept propriu în susținerea cererii de intervenție, cu consecința admiterii de principiu a cererii de intervenție în nume propriu.

Intervenienta prezintă prețurile ofertate, apreciind că propunerile financiare ofertate sunt foarte apropiate ca valoare, sens în care susținerile contestatoarei referitoare la un preț aparent neobișnuit de scăzut pentru societățile clasate pe primele patru locuri sunt neîntemeiate.

Referitor la punctul 3 al contestației, prin se solicită *„comunicarea tuturor documentelor de calificare și a documentelor care alcătuiesc propunerea financiară a SC ... SRL”*, intervenienta consideră că autoritatea contractantă a acționat în mod legal, conformându-se prevederilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, apreciind ca tendențioasă și neavenită critica contestatoarei privind refuzul de a-i fi pus la dispoziție documentele solicitate.

Astfel, autoritatea contractantă nu a făcut altceva decât să respecte principiile prevăzute de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016, care stau la baza atribuiri contactelor de achiziție publică, în speță, nefiind aplicabile dispozițiile art. 217 alin. (4) din același act normativ, întrucât procedura de atribuire nu a fost finalizată, pentru ca dosarul să aibă caracter de document public.

În drept, cererea de intervenție se întemeiază pe prevederile art. 61 și urm. din Codul de procedură civilă, art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, prevederile HG nr. 395/2016 și Legea nr. 98/2016.

Prin adresa nr. 2045/10.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 18784/10.05.2018, SC ... SA transmite „Concluzii scrise”, precizând că nu este de acord cu punctul de vedere transmis de autoritatea contractantă, drept pentru solicită respingerea, ca neîntemeiate și nefondate, a excepțiilor lipsei de interes în promovarea contestației nr. 1889/30.04.2018 și inadmisibilității motivelor din contestație care nu au fost invocate prin notificarea prealabilă, precum și apărările invocate prin punctul de vedere nr. 6628/04.05.2018. De asemenea, contestatoarea solicită respingerea cererii de intervenție în interes propriu nr. 1267/08.05.2018, formulată de SC ... SRL.

Referitor la excepția lipsei de interes a contestației, invocată de autoritatea contractantă, SC ... SA precizează că promovarea contestației sale are la bază dreptul conferit de dispozițiile art. 2

alin. (1) din Legea nr. 101/2016, susținând că îndeplinește condițiile menționate la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi considerată "persoană vătămată", respectiv:

- are și a avut un interes cu privire ia procedura de atribuire, depunând ofertă, care a fost declarată conformă și acceptabilă, dar consideră că modul în care s-a desfășurat evaluarea ofertelor este unul care nu se încadrează în prevederile legale aplicabile;

- riscă să sufere un prejudiciu, în cazul în care contractul de achiziție publică va fi atribuit asocierii ..., SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, având în vedere că ofertele acestor operatori economici trebuie respinse deoarece au un preț neobișnuit de scăzut.

Privitor la excepția inadmisibilității motivelor din contestație care nu au fost invocate prin notificarea prealabilă, invocată de autoritatea contractantă, SC ... SA susține că, potrivit dispozițiilor art. 22 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, prerogativa suspendării procedurii de atribuire aparține Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor, și nu autorității contractante, și că solicitarea privind suspendarea procedurii de atribuire nu constituie un motiv suplimentar invocat prin contestație (care nu a fost invocat prin notificarea prealabilă), ci constituie o cerere distinctă formulată în temeiul articolului de lege invocat.

În ceea ce privește cererea de intervenție în interes propriu nr. 1267/08.05.2018, formulată de SC ... SRL, contestatoarea consideră că, având în vedere că autoarea acesteia s-a clasat pe locul 2 în clasamentul întocmit de autoritatea contractantă și faptul că societatea nu a contestat în condițiile legii raportul procedurii de atribuire sau decizia autorității contractante (din punctul de vedere al intervenientei procedura de atribuire numai poate face obiectul unei căi de atac), societatea a fost exclusă definitiv din cadrul procedurii de atribuire. *Per a contrario*, raportat la prevederile art. 3 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, coroborate cu art. 32 alin. (1) din Codul de procedură civilă, SC ... SRL nu justifică un interes cu privire la procedura în cauză.

Contestatoarea precizează că motivele pe care le invocă privind respingerea pe fond a cererii de intervenție, sunt aceleași cu motivele invocate în susținerea contestației nr. 1889/30.04.2018.

Cu privire la fondul contestației, SC ... SA reiterează conținutul contestației nr. 1889/30.04.2018.

Prin cererea de intervenție nr. 666/11.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 19076/11.1052018, SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..., solicită:

- admiterea în principiu a cererii de intervenție;

- pe cale de excepție, admiterea excepției lipsei de interes a contestației (nulitatea pentru lipsa motivării);

- pe fond, respingerea contestației și menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

I. În susținerea admisibilitatea cererii de intervenție, SC ... SRL invocă calitatea sa de ofertant clasat pe locul I, în clasamentul întocmit conform criteriului de atribuire aplicat, în conformitate cu prevederile art. 17 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, subliniind și faptul că, principiul liberului acces la justiție, statuat atât în prevederile art. 24 din Constituție, cât și în reglementarea CEDO (art. 6 alin. 1), instituie cadrul legal prin care acesta poate să își protejeze interesele și să prevină o eventuală vătămare în drepturi ce s-ar produce prin admiterea contestației.

Astfel, sunt îndeplinite condițiile generale în vederea justificării "interesului" în formularea și susținerea acestei cereri, scopul de a semna contractul cu autoritatea contractantă justificând, în opinia intervenientei, fără putință de tăgadă, interesul sau în menținerea tuturor actelor emise de autoritatea contractantă.

II. Cu titlu prealabil, SC ... SRL învederează inadmisibilitatea cererii de suspendare a procedurii de atribuire, atâta timp cât există interdicția legală, prevăzută de art. 9 din Legea nr. 101/2016, ca autoritatea contractantă să încheie contractul înainte de comunicarea deciziei Consiliului privind soluționarea contestației și fără a respecta termenul de așteptare prevăzut pentru încheierea lui.

III. Pe cale de excepție, intervenienta invocă lipsa de interes a contestației formulate de către SC ... SA, excepție de fond, peremptorie și absolută, în considerarea prevederile art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 și art. 33 alin. (1) C. proc. civ. și a caracterului nefondat al criticilor cu privire la oricare dintre ofertele depuse de asocierea ..., SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, în condițiile în care oricare ar fi rezultatul analizei, nu va putea fi înlăturată oferta cu privire la care contestația a fost respinsă, situată înaintea ofertei contestatorului.

În susținere, intervenienta evocă Hotărârea din 19 iunie 2003, cauza C-249/01, având ca obiect cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Bundesvergabeamt, în procedura Werner Hackermuller împotriva Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) și Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH fur den Donauraum AG (WED), decizia CNSC nr. ..., rămasă definitivă prin decizia nr. 610 din 13 februarie 2017 a Curții de Apel ..., decizia CNSC nr. ....

De asemenea, având în vedere obligația legală, instituită de art. 10 din Legea nr. 101/2016, de a prezenta, în cadrul contestației, motivarea în fapt și în drept a acesteia, în situația în care contestatoarea SC ... SA nu remediază, conform art. 11 din același act normativ - fără ca această complinire să reprezinte o încălcare a termenului legal de formulare a contestației (!) - lipsa motivării privind criticarea ofertelor aflate pe pozițiile II - IV inclusiv, intervenienta solicită anularea acesteia, conform legii.

IV. Pe fondul cauzei, intervenienta apreciază lipsita de temei a criticile formulate de SC ... SA împotriva ofertei sale, deoarece oferta financiară depusă de asocierea ... a fost întocmită cu respectarea precizărilor făcute de autoritatea contractantă prin răspunsurile la clarificările nr 4 și nr. 5 și a situației din teren, rezultând un preț corect nicidecum unul subevaluat.

În ceea ce privește formarea prețului pentru articolele de deviz, intervenienta precizează că:

1. FB09B2 - Strat drenant din: nisip, balast, pietriș, piatră Spartă, având grosimea după compactare de: 20 cm din balast + BA 16 - s-au avut în vedere următoarele oferte de preț care au stat la baza formarii prețului unitar:

- mixtura asfaltică BA 16 - 235 lei/to
- balast - 15 lei/mc
- manopera, conform Formularului C7, de 11.5 lei/oră.

2. DD02A1 - Asimilat Pavai sau asfalt – refacere - s-au avut în vedere următoarele oferte de preț care au stat la baza formarii prețului unitar:

- mortarasfaltic-180 lei/to
- compactor autopropulsor cu valuri până la 12 tf- 65 lei/oră
- manopera, conform Formularului C7, de 11.5 lei/oră.

Societatea intervenientă susține că prețul ofertei este rezultat al liberei concurențe și îndeplinește întocmai atributele unei oferte eligibile și conforme, iar dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016 nu prevăd niciun prag sub care autoritatea contractantă are obligația de a face verificări privind prețurile ofertate în cadrul procedurii. Astfel, legiuitorul a lăsat la latitudinea acesteia aprecierea situației în care se impune clarificarea, în funcție de detaliile concrete ale fiecărei oferte supuse analizei.

Totodată, intervenienta subliniază faptul că diferența de preț pentru cele 2 articole de deviz, ofertat de asocierea ... și cel ofertat de către contestatoare este de sub 1%, raportat la valoarea totală a investiției.

Prin adresa nr. 2216/17.05.2018, înregistrată la Consiliu cu nr. 19914/17.05.2018, SC ... SA transmite „Punct de vedere” referitor la cererea de intervenție nr. 666/11.05.2018 depusă de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..., solicitând acesteia, atât în ceea ce privește admisibilitatea în principiu cât și pe fond, respingerea excepției lipsei de interes a contestației, invocată de SC ... SRL.

Referitor la excepția lipsei de interes a contestației, invocată de SC ... SRL, SC ... SA precizează că promovarea contestației sale are la bază dreptul conferit de dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, susținând că îndeplinește condițiile menționate la art. 3 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 101/2016 pentru a fi considerată "persoană vătămată", respectiv:

- are și a avut un interes cu privire la procedura de atribuire, depunând ofertă, care a fost declarată conformă și acceptabilă, dar consideră că modul în care s-a desfășurat evaluarea ofertelor este unul care nu se încadrează în prevederile legale aplicabile;

- riscă să sufere un prejudiciu, în cazul în care contractul de achiziție publică va fi atribuit asocierii ..., SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, având în vedere că ofertele acestor operatori economici trebuie respinse deoarece au un preț neobișnuit de scăzut.

Privitor la cererea de intervenție în interes propriu nr. 666/11.05.2018, formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ..., contestatoarea constată, în primul rând, că acesta este semnată de reprezentantul convențional al societății SC ... SRL - ..., neexistând dovada mandatului acordat de intervenientă avocatului său, solicitând Consiliului să verifice acest aspect și să respingă cererea de intervenție pentru lipsa calității de reprezentant al ..., în cazul în care nu se poate face dovada mandatului de reprezentare.

Contestatoarea precizează că motivele pe care le invocă privind respingerea pe fond a cererii de intervenție, sunt aceleași cu motivele invocate în susținerea contestației nr. 1889/30.04.2018.

Cu privire ia fondul contestației, SC ... SA reiterează conținutul contestației nr. 1889/30.04.2018.

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

... a inițiat o procedură de licitație deschisă, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Extindere și modernizare rețele canalizare în ...”, prin publicarea, în SEAP a anunțului de participare nr. .... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de 22,558,702.00 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut”.

Decizia privind rezultatul procedurii de atribuire i-a fost comunicată asocierii SC ... SA - SC ... SRL, prin adresa nr. 5719 din 17.04.2018, în care se arată că oferta depusă de asocierea SC ... SRL - SC ... SRL a fost declarata câștigătoare, pentru prețul cel mai scăzut, respectiv 17.054.416,87 lei, la care se adaugă TVA.

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

1. obligarea autorității contractante să anuleze raportul procedurii nr. 5718/17.04.2018, toate documentele care au stat la baza întocmirii acestui raport, precum și toate actele subsecvente acestuia;

2. obligarea autorității contractante să anuleze adresa nr. 5719/17.04.2018, prin care s-a comunicat că oferta depusă de asocierea ... a fost declarată câștigătoare, toate documentele care

au stat la baza întocmirii acestei adrese, precum și toate actele subsecvente acesteia;

3. obligarea autorității contractante să întocmească un nou raport al procedurii cu respectarea prevederilor legale, prin care să decidă:

- respingerea ofertei declarate câștigătoare, depusă de asocierea ..., având în vedere că aceasta are un preț neobișnuit de scăzut;

- respingerea ofertelor depuse de SC ... SRL, SC ... SRL și SC ... SRL, având în vedere că acestea au un preț neobișnuit de scăzut;

- reevaluarea ofertelor și declararea ca fiind câștigătoare a ofertei care respectă cerințele documentației de atribuire și care nu are un preț neobișnuit de scăzut;

4. recunoașterea dreptului asocierii ... privind accesul la dosarul achiziției publice, respectiv la informațiile din cadrul documentelor care alcătuiesc propunerea financiară depusă de ofertantul SC ... SRL și obligarea autorității contractante să-i transmită în copie, în format fizic sau electronic, toate documentele care alcătuiesc propunerea financiară a societății SC ... SRL.

Cu privire la cererile de intervenție depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL, văzând că aceste societăți au dovedit un interes legitim propriu în pricina prin promovarea cererilor, urmărind respingerea contestației prin care este solicitată respingerea ca inadmisibile a ofertelor lor, SC ... SRL fiind chiar ofertanta declarată câștigătoare, în conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, Consiliul încuviințează în principiu intervențiile.

Având a verifica cu întâietate, potrivit art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, excepțiile invocate în cauză, Consiliul reține excepția lipsei de interes în formularea contestației, invocată atât de autoritatea contractantă, cât și de intervenienta SC ... SRL.

În acest sens, Consiliul observă că, potrivit art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorităţi contractante sau prin nesoluţionarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorităţii contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoaşterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicţională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”,* următorii termeni având definiția regăsită la art. 3 alin. (1) din lege, astfel:

„a) act al autorităţii contractante - orice act administrativ, orice operaţiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligaţii prevăzute de legislaţia în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operaţiune, în legătură cu sau în

cadrul unei proceduri de atribuire prevăzute de art. 68 din Legea nr. 98/2016 privind achiziţiile publice, cu modificările şi completările ulterioare, de art. 82 din Legea nr. 99/2016 privind achiziţiile sectoriale sau de art. 50 din Legea nr. 100/2016 privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii;

f) persoană care se consideră vătămată - orice operator economic care îndeplineşte cumulativ următoarele condiţii:

(i) are sau a avut un interes în legătură cu o procedură de atribuire; şi

(ii) a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al autorităţii contractante, de natură să producă efecte juridice, ori ca urmare a nesoluţionării în termenul legal a unei cereri privind o procedură de atribuire."

Drept urmare, constatând faptul că ofertanta contestatoare înțelege să critice și urmărește ca, prin contestația înaintată Consiliului, să anuleze deciziile autorității contractante de a considera admisibile ofertele clasate pe locurile 1-4, înaintea sa, este evident că interesul acesteia este acela de a înlătura din competiție cele 4 oferte, poziționate în clasamentul ofertelor admisibile înaintea sa, și, astfel, să câștige contractul de achiziție publică. Pornind de la presupunerea că cele pretinse de contestatoare sunt întemeiate, este facil de înțeles că scopul său final poate, cu rezonabilitate, să fie atins. Drept urmare, sub nicio condiție, nu se poate afirma că demersul contestatoarei, de invalidare a deciziilor autorității contractante cu privire la cele 4 oferte indicate precis de aceasta, este lipsit de interes. În acest context, Consiliul reține că motivarea adusă de autoritatea contractantă în susținerea excepției invocate vizează, mai degrabă, caracterul pretins nefondat al contestației înaintate de asocierea ..., prin liderul său SC ... SA, și nu lipsa de interes a acestei entități în formularea contestației sale.

Cât privește motivarea dată de intervenienta SC ... SRL excepției invocate, în sensul că, în condițiile în care s-ar dovedi nefondată contestația cu privire la oricare dintre ofertele clasate pe locurile 2-4, este lipsită de interes pentru contestatoare analiza ofertei câștigătoare (de pe locul 1), Consiliul stabilește că un astfel de raționament nu poate fi primit.

În acest sens, Consiliul subliniază că singura ofertă examinată, de către autoritatea contractantă, din toate punctele de vedere și declarată admisibilă prin verificarea atât din punct de vedere tehnic și financiar, cât și prin prisma îndeplinirii cerințelor de calificare, este oferta declarată câștigătoare. Astfel, sunt relevante următoarele dispoziții legale:

- art. 196 din Legea nr. 98/2016

„(2) Înainte de atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru, [...], ***autoritatea contractantă solicită***

ofertantului clasat pe primul loc *după aplicarea criteriului de atribuire să prezinte* ***documente justificative actualizate prin care să demonstreze îndeplinirea tuturor criteriilor de calificare şi selecţie****, în conformitate cu informaţiile cuprinse în DUAE, [...].”*

- art. 132 din HG nr. 395/2016

„(1) În cazul în care, în cadrul documentaţiei de atribuire, a fost prevăzută obligaţia îndeplinirii unor criterii de calificare şi selecţie formulate în baza criteriilor prevăzute la cap. IV secţiunea a 6-a paragraful 1 din Lege, comisia de evaluare are obligaţia verificării modului de îndeplinire a acestora de către fiecare ofertant/candidat în parte prin analizarea conţinutului DUAE.

(2) Comisia de evaluare are ***obligaţia solicitării documentelor doveditoare*** *privind îndeplinirea criteriilor de calificare* ***ofertantului clasat pe primul loc*** *în urma aplicării criteriului de atribuire.”*

- art. 66 din HG nr. 395/2016

„(1) În situaţia în care în urma demersurilor realizate de autoritatea contractantă în baza art. 196 alin. (2) din Lege ***ofertantul clasat pe primul loc nu demonstrează*** *în mod corespunzător îndeplinirea integrală a tuturor criteriilor de calificare,* ***autoritatea contractantă solicită ofertantului clasat pe locul următor să depună toate documentele justificative*** *ca dovadă a informaţiilor cuprinse în DUAE, în scopul verificării îndeplinirii criteriilor de calificare.*

(2) În situaţia prevăzută la alin. (1), ***autoritatea contractantă atribuie contractul*** *de achiziţie publică/acordul-cadru* ***ofertantului clasat pe locul următor****, dacă acesta îndeplineşte toate criteriile de calificare prevăzute în anunţul de participare şi/sau în fişa de date a achiziţiei.”*

Rezultă din textele citate faptul că, la momentul înaintării prezentei contestații, singura ofertă examinată pe deplin, este cea declarată câștigătoare, toate celelalte oferte contestate, clasate pe locurile 2-4 fiind analizate doar prin prisma modului de prezentare a DUAE și admisibilității lor din punct de vedere tehnic și financiar, nefiind verificată, în ceea ce le privește, îndeplinirea cerințelor de calificare. Drept urmare, se poate afirma că evaluarea acestor oferte (locurile 2-4) nu a fost finalizată, prin efectul legii.

Drept urmare, o analiză ce se impune în privința prezentei contestații debutează cu examinarea deciziei de stabilire a ofertei câștigătoare, raportat la criticile aduse acesteia prin actul de învestitura a Consiliului. În condițiile în care se dovedește că decizia de stabilire a câștigătoarei este nelegală, în continuare se impune analizarea celorlalte oferte criticate, în ordinea crescătoare a locului pe care se află acestea în clasament, pentru verificarea temeiniciei celor reclamate prin contestație.

În logica inversă, susținută de intervenientă, în care este suficientă verificarea ofertei situată pe locul 4, imediat superior celui pe care se află contestatoarea în clasamentul ofertelor admisibile, și în cazul în care se dovedește că susținerile sunt nefondate, devine lipsit de interes a fi examinate ofertele de pe locurile 1-3, Consiliul stabilește că a lăsa neverificate, prin prisma celor arătate în contestație, ofertele clasate pe locurile 1-3, doar pentru că se dovedește nefondată critica vizând oferta de la locul 4, vatămă interesul contestatoarei în condițiile în care, putând fi, eventual, înlăturate, ca urmare a contestației, ofertele de pe locurile 1-3 (neanalizate), oferta de pe locul 4 ajunge pe locul 1, în această poziție urmând a fi examinata din punctul de vedere al îndeplinirii cerințelor de calificare. Cu alte cuvinte, prin lipsa examinării de către Consiliu a ofertelor de pe locurile 1-3, prin pretinsa lipsă de interes a unui astfel de demers, determinată de faptul că cele susținute referitor la oferta de pe locul 4 se dovedesc a fi nefondate, entitatea contestatoare este lipsită de folosul practic urmărit prin promovarea căii sale de atac, în condițiile în care, se reiterează, ofertele declarate admisibile și situate în clasament după oferta câștigătoare, nu au fost examinate de către autoritatea contractantă și prin prisma îndeplinirii cerințelor de calificare.

Este de subliniat faptul că scopul final al demersului contestatoarei (câștigarea contractului) nu este imperativ necesar să fie atins dintr-o dată, ca efect direct al formulării contestației, pentru ca interesul său să fie considerat actual. Este de notorietate faptul că procedura de achiziție publică, chiar și în evaluarea ofertelor, implică etape succesive, stabilite de legiuitor, precum analizarea DUAE, verificarea conformității din punct de vedere tehnic și, ulterior, financiar, verificarea îndeplinirii de către ofertanta declarată câștigătoare a cerințelor de calificare și incidența situațiilor de excepție, așa cum sunt stabilite de legiuitor. Or, este posibil ca scopul final al contestatoarei să fie atins ulterior examinării contestației sale, ca urmare a parcurgerii etapelor de analiză ale autorității contractante, dar acest fapt să fie posibil doar ca urmare a contestației, să fie mijlocit de aceasta, situație în care interesul rămâne actual. Consiliul subliniază, în acest context, caracterul etapizat și succesiv al activității autorității contractante, interesul în contestarea unor acte ale sale urmând a fi analizat prin efectul succesiv al actelor și deciziilor în procedură.

Nu este de neglijat a reține și că potrivit art. 143 din HG nr. 395/2016:

„(1) Autoritatea contractantă are obligaţia de a încheia contractul de achiziţie publică/acordul-cadru cu ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare.

(2) ***În cazul în care autoritatea contractantă nu poate încheia contractul de achiziţie publică/acordul-cadru cu***

ofertantul a cărui ofertă a fost stabilită ca fiind câştigătoare*, ca urmare a faptului că ofertantul în cauză se află într-o situaţie de forţă majoră sau în imposibilitatea fortuită de a executa contractul/acordul-cadru,* ***aceasta are obligaţia să declare câştigătoare oferta clasată pe locul doi, în condiţiile în care aceasta există şi este admisibilă.***

(3) În situaţia prevăzută la alin. (2), în condiţiile în care nu există o ofertă admisibilă clasată pe locul doi, autoritatea contractantă are obligaţia de a anula procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru, în condiţiile art. 212 alin. (1) lit. a) din Lege."

Așadar, atât timp cât nu suntem în prezența unui clasament final, care nu mai poate fi schimbat, se reține posibilitatea incidenței în procedura de atribuire a unor situații reglementate de lege, care pot determina efecte juridice privind ofertele primite, cu finalitate favorabilă pentru contestatoare, efecte posibile numai ca urmare a demersului de contestare prezent.

Drept urmare, Consiliul respinge ca nefondate susținerile autorității contractante și pe cele ale intervenientei SC ... SRL, expuse în susținerea excepției invocate.

Cu titlu adiacent, Consiliul reține speța invocată de intervenientă, ca jurisprudență în susținerea excepției sale, respectiv decizia sa nr. ..., din textul căreia citează:

„Prin urmare, Consiliul respinge ca neîntemeiată și această critică a contestatoarei, stabilind că autoritatea contractantă a considerat, în mod corect, că propunerea tehnică a SC [...] SRL este conformă, din acest punct de vedere.

Având în vedere cele prezentate anterior, respectiv faptul că observațiile referitoare la oferta clasată pe locul 1, în acest moment, aparținând SC [...] SRL, nu au putut fi dovedite, ele fiind respinse ca neîntemeiate, pe cale de consecință, este evidentă lipsa de interes a contestatoarei în ceea ce privește criticile asupra ofertantului ocupant al locului 2, în acest moment, respectiv SC [...] SRL, deoarece chiar dacă acestea ar fi întemeiate, posibilitatea ca SC [...] SRL să se claseze pe locul 1 este înlăturată."

Or, în această speță se regăsește chiar raționamentul expus mai înainte, respectiv cel vizând situația în care prioritar a fost examinată oferta declarată câștigătoare, cele susținute de contestatoare dovedindu-se a fi nefondate, caz în care, această oferta consolidându-și caracterul câștigător, a devenit lipsit de interes a fi examinată și oferta clasată pe locul 2 (imediat superior locului 3 deținut de contestatoare), înlăturarea acesteia neavând ca efect decât poziționarea ofertei contestatoarei pe un loc superior, respectiv locul 2, neavând posibilitatea de a-și vedea declarată câștigătoare oferta.

De altfel, în motivarea deciziei sale nr. ..., Consiliul reținea și următoarele:

«În susținerea celor evocate, Consiliul are în vedere și practica instanţelor judecătoreşti, cu titlu de exemplu în acest sens fiind Decizia nr. 2718 din 6 octombrie 2011, emisă de Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în care se menționează: „Plângerea este neîntemeiată şi urmează a fi respinsă, pentru considerentele care se vor arăta în continuare. Dispoziţiile art. 255 alin. (1) din ordonanţă reglementează dreptul de contestare a actului entității contractante pentru persoana vătămată într-un drept al său sau într-un interes legitim, iar alin. (2) defineşte persoana vătămată ca fiind orice persoană care îndeplineşte cumulativ două condiţii, respectiv are un interes legitim în legătură cu un anumit contract de achiziţie publică şi a suferit, suferă sau riscă să sufere un prejudiciu ca o consecinţă a unui act al entității contractante, de natură să producă efecte juridice. În accepţiunea legiuitorului, sunt necesare, aşadar, două condiţii, cerute simultan pentru ca un operator economic să dobândească calitatea de persoană vătămată. În ceea ce priveşte interesul, Curtea admite, la nivel teoretic, că un ofertant la procedură poate avea interes în a formula contestaţie indiferent de locul pe care se clasează în urma evaluării ofertelor realizate de entitate contractantă, existând posibilitatea ca, în urma soluţionării contestaţiei, să se ajungă la respingerea tuturor ofertanţilor clasaţi pe locuri superioare, din diverse motive, ori chiar la renunţarea de către aceştia la a-şi menţine oferta sau la a încheia contractul, ceea ce poate conduce, în final, la declararea câştigătoare chiar a ofertei contestatoarei. (...) Pentru considerente similare, Curtea apreciază ca nici cea de-a doua cerinţă, aceea a prejudiciului, nu este îndeplinită, întrucât, prin plasarea pe locul doi, petenta nu este pusă în situaţia de a suferi un prejudiciu. Conchizând asupra celor expuse, Curtea constată ca petenta nu justifică niciuna dintre cele două condiţii cerute de textul art. 255 alin. (2) din ordonanţă, decizia pronunţată de Consiliu fiind una legală."»

Autoritatea contractantă invocă și excepția inadmisibilității cererii contestatoarei de suspendare a procedurii de atribuire, determinat de faptul că această cerere nu a fost menționată și în notificarea prealabilă.

Față de aceasta, Consiliul reține că, în acord cu dispozițiile art. 22 și 23 din Legea nr. 101/2016, în cazuri bine justificate şi pentru prevenirea unei pagube iminente, la cererea persoanei interesate, poate să dispună prin încheiere, în termen de 3 zile de la primirea cererii, măsura suspendării procedurii de atribuire, pronunțând în acest sens o încheiere care poate fi atacată cu plângere la instanţa competentă prevăzută la art. 32 alin. (1), în mod separat, în termen de 5 zile de la comunicare.

Drept urmare, având în vedere că legiuitorul a stabilit în competența Consiliul posibilitatea de suspendare a procedurii de atribuire, în condițiile reglementate la art. 22 și 23 din Legea nr. 101/2016, este lesne de concluzionat că o astfel de cerere poate fi adresată direct organismului de soluționare, nefiind necesar a face obiectul notificării prealabile pentru a putea fi admisă, legiuitorul

neimpunând o astfel de condiție prealabilă. Desigur că această cerere poate fi adresată și autorității contractante, prin notificarea prealabilă, ca o măsură de remediere sau de prevenire a emiterii unor noi acte care, eventual, ar putea să o vatăme pe reclamantă, dar un astfel de demers nu este impus prin lege pentru admisibilitatea cererii similare adresate Consiliului.

Respingând excepțiile invocate în cauză, Consiliul va examina cauza pe fondul său.

Astfel, raportat la faptul că autoarea contestației critică ofertele clasate pe locurile 1-4 în clasamentul ofertelor admisibile, ca având prețuri aparent neobișnuit de scăzute și care nu au fost verificate de către autoritatea contractantă, Consiliul reține următoarele dispoziții legale aplicabile spetei:

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

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

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

„(1) În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.”

Se observa, așadar, că, în stabilirea caracterului aparent neobișnuit de scăzut al unei oferte, legiuitorul face trimitere la elemente de referință precum buletine statistice sau cotaţii ale burselor de mărfuri. Rezultă, din aceasta, că, în considerarea unui preț care apare ca neobișnuit de scăzut, nu vor fi avute în vedere, ca repere, valori ale celorlalte oferte primite în procedură și nici măcar valoarea estimată, așa cum legiuitorul stabilise în reglementarea anterioară (OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006). Drept urmare, Consiliul reține că autoritatea contractantă nu a realizat verificări în ceea ce privește oferta declarată câștigătoare, aparținând asocierii SC ... SRL - SC ... SRL, cu prețul de 17.054.416,87 lei, fără TVA, apărările acesteia fiind în sensul în care nu au fost identificate motive pentru care acest preț să fie considerat unul neobișnuit de scăzut, ipoteză în care să fie necesară

solicitarea justificării acestuia, așa cum stabilesc dispozițiile art. 210 din Legea nr. 98/2016 și art. 136 din HG nr. 395/2016.

Verificând susținerile contestatoarei în ceea ce privește oferta câștigătoare, Consiliul constată că aceasta se limitează la a indica două articole (articolul IFB09B2 – „strat drenant cu grosimea: 20 cm din balast +BA16” și articolul DD02A1 – „asimilat pavaj sau asfalt: refacere”) pentru care prețul propus de câștigătoare este mai mic decât prețul pe care l-a propus în oferta proprie. Aprecierea referitoare la primul articol este legată și de ofertele clasate pe locurile 3 și 4.

Consiliul constată că autoarea contestației nu indică informații cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, din care să rezulte că prețul ofertei câștigătoare, și prețurile ofertelor clasate pe locurile 2-4 au un caracter aparent neobișnuit de scăzut, astfel încât să formeze convingerea Consiliului că este necesară impunerea verificării și justificării acestor prețuri.

Aprecierea contestatoarei conform căreia prețul ofertei câștigătoare și al celorlalte oferte arătate este unul aparent neobișnuit de scăzut doar pentru faptul că două articole din componența lucrărilor ce vor fi executate au prețuri mai mici decât cele pe care a înțeles ea însăși să le utilizeze în formarea ofertei, nu este de natură să conducă la necesitatea aplicării dispozițiilor legale ce reglementează instituția prețului aparent neobișnuit de scăzut.

Îndeplinirea obiectivelor contractului la standardele de performanță și calitate impuse prin caietul de sarcini, oricare ar fi ele, nu este judecată și determinată pe baza diferențelor costurilor operate de diverșii ofertanți.

Legislația pe linie de achiziție publică nu interzice atribuirea contractului de achiziție publică la o valoare chiar caracterizată de autoritatea contractantă ca fiind una neobișnuit de scăzută, ceea ce nu este cazul în prezenta speță. Dimpotrivă, respectiva legislație promovează libera concurență între operatorii economici, ca premisă a cheltuirii cât mai economicoase a fondurilor publice, respectiv a obținerii obiectului supus competiției la costuri cât mai reduse. Așadar, nu este contrară legislației specifice atribuirea contractului la un preț de 17.054.416,87 lei, fără TVA, în contextul în care estimarea făcută de autoritate a fost de 22,558,702.00 lei, fără TVA.

Art. 210 din Legea nr. 98/2016 urmărește să prevină situațiile în care autoritatea atribuie contractul unui ofertant ce nu este în măsură să îl execute în limitele pe care și le-a asumat prin ofertă, dispoziția legală fiind edictată în favoarea autorităților contractante, pentru protejarea lor (respectiv a bugetelor publice pe care le gestionează și a serviciilor publice pe care le prestează), iar nu ca mijloc la îndemâna acelorași autorități de excludere de la licitații a anumitor ofertanți. Cu alte cuvinte, simpla situare a prețului unei oferte sub valoarea estimată de către autoritatea contractantă nu

trebuie să conducă la concluzia imediată că acesta este neobișnuit de scăzut, legiuitorul indicând reperele față de care o astfel de concluzie s-ar evidenția.

Este atât logic, cât și foarte probabil ca, la licitații, ofertanții să propună prețuri mai mari la unele articole și, eventual, în compensare, mai mici la altele, politica de prețuri ținând de fiecare ofertant în parte și de condițiile cererii și ofertei. Faptul că ofertanții contestați au înregistrat tarife mai mici decât cele practicate de contestatoare la cele două articole arătate de aceasta din urmă nu semnifică ipso facto că entitățile economice respective nu au capacitatea de a executa contractul în parametrii de calitate doriți, astfel încât să fie necesară justificarea întregului preț al ofertei.

Nu există niciun indiciu care să susțină opinia contestatoarei că valorile pentru cele două articole ar fi nereale sau că ar afecta în vreun fel buna execuție a contractului.

Date fiind cele evocate, Consiliul stabilește legalitatea deciziei autorității contractante de a stabili oferta câștigătoare, cele reclamate de contestatoare referitor la aceasta vădindu-se nefondate, cum de altfel sunt și susținerile referitoare la ofertele clasate pe locurile 3 și 4 aparținând SC ... SRL și SC ... SRL. Consiliul observă că, deși solicită invalidarea deciziei de declarare admisibilă a ofertei clasată pe locul 2, aparținând SC ... SRL, contestatoarea nu face nicio observație cu privire la aceasta, limitându-se la a afirma că are un preț aparent neobișnuit de scăzut și că ar fi trebuit respinsă.

Nu este de prisos a constata că autoarea contestației reclamă caracterul nejustificat de scăzut al prețurilor propuse de competitorii săi (asocierea ... - 17.054.416,87 lei; SC ... SRL –19.246.972,89 lei; SC ... SRL - 19.338.069,28 lei; SC ... SRL - 19.619.177,15 lei), în condițiile în care prețul propriei oferte este de 19.887.160,15 lei.

Referitor la solicitarea contestatoarei de "recunoaștere a dreptului asocierii ... privind accesul la dosarul achiziției publice, respectiv la informațiile din cadrul documentelor care alcătuiesc propunerea financiară depusă de ofertantul SC ... SRL și obligarea autorității contractante să-i transmită în copie, în format fizic sau electronic, toate documentele care alcătuiesc propunerea financiară a societății SC ... SRL", Consiliul reține că, prin notificarea sa prealabilă nr. 1781 din 23.04.2018, SC ... SA a solicitat autorității contractante să îi asigure accesul la documentele de calificare, propunerile tehnice și cele financiare ale ofertanților clasați pe locurile 1-4 și să îi transmită în copie, în format fizic sau electronic toate aceste documente.

Prin adresa nr. 6092 din 24.04.2018, răspunzând notificării prealabile, autoritatea contractantă a precizat că documentele de calificare se prezintă doar de operatorul economic aflat pe primul loc, arătând că îi comunică alăturat documentele cerute, mai puțin

propunerea financiară a SC ... SRL care a prezentat o declarație de confidențialitate a acestei secțiuni a ofertei sale.

Față de această situație, Consiliul reține că dispozițiile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016 stabilesc următoarele:

„Prin excepţie de la prevederile alin. (5), după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăşi o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum şi la informaţiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice şi/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanţi ca fiind confidenţiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală."

De asemenea, din coroborarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) și (2) din Legea nr. 101/2016, rezultă că notificarea prealabilă reprezintă primul act procedural prin care, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice sau concesiunile. Notificarea prealabilă se face în scris şi conţine cel puţin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate şi măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz.

Văzând acestea, Consiliul stabilește că cererea adresată de asocierea având ca lider pe SC ... SA autorității contractante, vizând accesul la documente din dosarul achiziției, reprezintă o cerere separată, formulată în baza art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, și nu o cerere de remediere a unui act al autorității contractante, care, conform legii face obiectul unei notificări prealabile. Drept urmare, această solicitare a ofertantei, privind accesul la documentele achiziției, și actele ce i-au succedat vor fi analizate ca o cerere separată, nu ca una care a făcut obiectul notificării prealabile nr. 1781 din 23.04.2018.

Considerând cererea în acest sens a asocierii având ca lider pe SC ... SA, din cuprinsul notificării sale prealabile, ca o cerere separată, față de mențiunea autorității cu privire la imposibilitatea comunicării propunerii financiare aparținând SC ... SRL, Consiliul stabilește că este inadmisibilă cererea din contestație vizând obligarea autorității contractanta la punerea la dispoziției și a acestei propuneri financiare a competitorului său, deoarece ea nu a făcut obiectul unei notificări prealabile prin care să fie reclamată pretinsa încălcare a legii de către autoritatea contractantă în legătură cu această chestiune. Coroborând dispozițiile art. 6 alin. (1) și (10) din Legea nr. 101/2016, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, sub

sancţiunea respingerii contestaţiei ca inadmisibilă, înainte de a se adresa Consiliului, persoana care se consideră vătămată având obligaţia să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislaţiei privind achiziţiile publice în termenul indicat expres în lege.

Drept urmare, acest capăt de cerere inadmisibil și va fi respins ca atare, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016.

Consiliul reține ca ramase fără obiect mențiunile din contestație referitoare la modul de întocmire a raportului procedurii de către autoritatea contractantă, în condițiile în care aceasta a arătat în răspunsul său la notificarea prealabilă că va reface/completa raportul procedurii cu mențiunile omise.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să respingă ca nefondate capetele de cerere 1, 2, 3, și ca inadmisibil capătul de cerere 4 din contestația depusă de asocierea ..., prin liderul său SC ... SA.

Față de cele reținute mai sus cu ocazia soluționării contestației, Consiliul stabilește că cele evocate, pe fond, în cererile de intervenție depuse sunt fondate, astfel încât Consiliul va admite, pe fond, cererile de intervenție depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepțiile invocate în cauză de către autoritatea contractantă și intervenienta SC ... SRL.

Respinge ca nefondate capetele de cerere 1, 2, 3, și ca inadmisibil capătul de cerere 4 din contestația depusă de asocierea ..., prin liderul său SC ... SA, în contradictoriu cu ....

Încuviințează în principiu și admite, pe fond, cererile de intervenție depuse de SC ... SRL și de SC ... SRL.

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

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,**
... **...**

OPINE CONCURENTĂ

Susțin soluția majorității completului, mai puțin motivarea acesteia, respectiv apreciez că analiza ofertelor trebuia realizată în ordinea inversă celei efectuată. Aceasta deoarece, oferta contestatorului aflându-se pe locul 5, pentru a fi desemnată câștigătoare, acesta trebuie să înlăture succesiv toate ofertele mai bine clasate, până la cea de pe locul 1, respectiv să înlăture ofertele clasate le locurile 4, 3, 2 și apoi pe cea aflată pe locul 1.

În situația în care oferta de pe locul 4, mai bine clasată, avea să se stabilească, prin prisma criticilor contestatorului, că a fost corect declarată admisibilă, criticile acestuia cu privire la celelalte oferte ar fi fost lipsite de interes, în sensul în care analiza lor nu i-ar fi adus contestatorului niciun beneficiu.

Raționamentul majorității completului conform căruia trebuie începută analiza cu oferta desemnată câștigătoare motivat de faptul că este singura ofertă examinată de autoritatea contractantă din toate punctele de vedere (al îndeplinirii criteriilor de calificare și a cerințelor tehnice și financiare), nu îl consider pertinent, deoarece, în cazul în care criticile contestatorului cu privire la această ofertă ar fi admise, Consiliul trebuie să continue analiza cu ofertele aflate pe locurile 2, 3 și 4, deci cu oferte care în logica arătată, nu au fost examinate din toate punctele de vedere de către autoritatea contractantă.

Astfel, fie că începe analiza cu oferta de pe locul 1 și continuă cu următoarele, fie că începe analiza cu oferta de pe locul 4 și continuă cu următoarele, Consiliul se va regăsi în aceeași situație, respectiv de a analiza oferte, care în logica raționamentului majorității completului, nu au fost examinate de autoritatea contractantă din toate punctele de vedere (adică al îndeplinirii criteriilor de calificare și a cerințelor tehnice și financiare).

Distincția conform căreia oferta câștigătoare a fost singura examinată de autoritatea contractantă din toate punctele de vedere,

iar celelalte oferte nu, o consider artificială și lipsită de orice suport, deoarece toate ofertele aflate în clasament au fost verificate din punct de vedere al îndeplinirii criteriilor de calificare (prin verificarea DUAE), precum și a cerințelor tehnice și financiare, în clasament regăsindu-se doar ofertele admisibile, așa cum se știe, celelalte oferte care nu au fost declarate astfel fiind deja respinse.

Așadar, criteriul ce trebuia avut în vedere de Consiliul, în analiza sa, apreciez că este cel al interesului contestatorului în promovarea demersului său, în sensul de folos practic obținut.

MEMBRU,

...

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