CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

București, Str.Stavropoleos nr.6, sector 3, 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.SB/L/O/57/27.09.2017, înregistrată la C.N.S.C. sub nr...., formulată de S.C. ... S.A., cu sediul ales în București, B-dul Dinicu Golescu nr.36, parter, camera P06, sector 1, înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr.... având CUI ..., reprezentată legal de administrator ..., în calitate de lider al Asocierii S.C. ..., împotriva rezultatului procedurii, comunicat prin adresa nr.11197/07.09.2017, emisă de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată on line, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„...”*, cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat admiterea contestației, și:

„- anularea deciziilor Comisiei de evaluare a ofertelor prin care a fost declarată admisibilă si conforma oferta Asocierii SC ... SRL, respectiv adresele nr.7298/14.06.2017, nr. 9205/25.07.2017 și 10284 din 17.08.2017;

- anularea raportului Procedurii de Atribuire din 04.09.2017 și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, inclusiv a deciziei autorității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei depuse de ... SRL, inclusiv anularea actului adresa nr.11197/0709.2017.2017 emisă de către autoritatea contractantă prin care ne-a fost comunicat că oferta noastră nu a fost declarată câștigătoare;

-obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare cu adoptarea măsurilor de remediere solicitate, cu respectarea

prevederilor legale în vigoare și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire;

-accesul la oferta Asocierii SC ...SRL în integralitate".

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, și nedatată, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.42710/11.10.2017, Asocierea S.C. ...S.R.L., cu sediul în ...., reprezentată prin administrator Vărzaru Mircea, cu sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură la Cabinet avocat "..., a formulat **„cerere de intervenție voluntară"**, solicitând următoarele: admiterea cererii de intervenție, respingerea ca nefondată a contestației, precum și menținerea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, ca temeinică și legală.

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor
reține următoarele:

Prin contestația înregistrată la C.N.S.C. sub numărul de mai sus, formulată de S.C. ...SpA, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, comunicat cu adresa nr.11197/07.09.2017, emisă de către CONSILIUL JUDEȚEAN GORJ, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, desfășurată on line, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări «Reabilitare drum județean 673, ce traversează localitățile Slivilești, Șiacu, Bolboși, Igirosu, Borăscu, Calapăru, Turceni, Broșteni, până în DN 66 (E79), județul Gorj»*",* s-a solicitat admiterea contestației, și:

„- anularea deciziilor Comisiei de evaluare a ofertelor prin care a fost declarată admisibilă si conforma oferta Asocierii SC ... SRL, respectiv adresele nr.7298/14.06.2017, nr. 9205/25.07.2017 și 10284 din 17.08.2017;

- anularea raportului Procedurii de Atribuire din 04.09.2017 și a tuturor actelor subsecvente și conexe acestuia, inclusiv a deciziei autorității contractante de declarare drept câștigătoare a ofertei depuse de SC ... SRL, inclusiv anularea actului adresa nr. 11197/0709.2017.2017 emisă de către autoritatea contractantă prin care ne-a fost comunicat că oferta noastră nu a fost declarată câștigătoare;

-obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare cu adoptarea măsurilor de remediere solicitate, cu respectarea prevederilor legale în vigoare și cu respectarea cerințelor stabilite în documentația de atribuire;

-accesul la oferta Asocierii SC ... SRL în integralitate".

În motivarea contestației, S.C. ... S.A. arată că a solicitat autorității contractante să-i permită accesul la dosarul achiziției, dar a primit acces doar la documentele de calificare, restul documentelor fiind considerate confidențiale, motiv pentru care solicită, pe această cale, să-i fie acordat accesul la întreg dosarul, având în vedere insuficiența detaliilor din

cuprinsul raportului procedurii și adresei contestate cu privire la evaluarea ofertei desemnată câștigătoare.

Consideră că în lipsa unor dovezi concrete din partea ofertantului declarat câștigător, prin care să se indice explicit care este prejudiciul adus intereselor sale în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală, prin dezvăluirea informațiilor din propunerea tehnică și financiară, nu îi poate fi refuzat accesul la întreaga oferta a acestuia.

Invocând principiul transparenței și al tratamentului egal, contestatorul solicită să fie scoase din „sfera de confidențialitate" acele informații din cuprinsul propunerii tehnice și propunerii financiare a ofertantului câștigător, care nu reprezintă în concret și în mod justificat informații protejate de un drept de proprietate intelectuală sau care nu reprezintă un secret comercial. Apreciază că, în special în ceea ce privește oferta financiară, asocierea câștigătoare nu se poate prevala de dispozițiile ce vizează caracterul confidențial al ofertei, cu atât mai mult cu cât unul dintre aspectele contestate este prețul aparent neobișnuit de scăzut al ofertei Asocierii S.C. ... S.R.L., preț care, în opinia sa, nu poate fi justificat în conformitate cu prevederile legale în vigoare, reprezentând 57,27 % din valoarea estimată.

Referindu-se la criticile invocate și în notificarea prealabilă, contestatorul arată următoarele:

1. În cadrul procedurii există documente semnate doar de reprezentantul S.C. ... S.R.L., iar ofertantul nu a prezentat o împuternicire din partea fiecărui membru al asocierii în acest sens.

Față de răspunsul autorității contractante în sensul că S.C. ... S.R.L. este împuternicit prin acordul de asociere și există și împuterniciri separate din partea fiecărui membru al asocierii, și având în vedere că, în raportul procedurii, nu se face referire la încărcarea în SEAP a unui număr de 5 împuterniciri, contestatorul solicită Consiliului să ceară autorității contractante dovada încărcării în SEAP, de la data depunerii ofertelor, a formularelor de împuternicire pentru toți cei 5 membri ai asocierii câștigătoare.

2. Asocierea desemnată câștigătoare nu îndeplinește cerința privind experiența similară, deoarece, din înscrisurile prezentate de asociatul S.C. ... S.R.L., rezultă o valoare de 16.744.114,53 lei, fără TVA. Deși obiectul contractului pare similar cu cel al procedurii, după cum se arată, valoarea întreagă a contractului este mult sub valoarea estimată a procedurii.

Susține că, însumând contractele prezentate, strict cum au fost evidențiate în raportul procedurii, se observă că cele care au ca obiect lucrări similare nu însumează decât 22.585.409 lei, mai puțin decât jumătate din valoarea estimată a contractului. Aceasta deoarece, din lista de contracte prezentate de liderul asocierii doar unul are ca obiect lucrări similare cu obiectul contractului de referință, respectiv „...", valoarea declarată a investiției fiind de 5.840.935,90 lei, fără TVA.

Contestatorul apreciază că, în această situație, comisia de evaluare trebuia să solicite clarificări, iar nu să considere că ofertantul a prezentat un număr suficient de contracte pentru îndeplinirea cerinței.

3.Oferta desemnată câștigătoare are un preț aparent neobișnuit de scăzut, de 57,27% din valoarea estimată, astfel că trebuia să se solicite asocierii câștigătoare dovezi prin care să garanteze posibilitatea onorării obligațiilor asumate prin depunerea ofertei tehnice și financiare.

Mai mult, asocierea a ofertat o perioadă de garanție a lucrărilor extinsă, care impune asumarea unei calități superioare a materialelor folosite și a metodelor de execuție, acestea trebuind să se reflecte inclusiv în cadrul ofertei tehnice și financiare.

Susține că, deși au fost analizate câteva dintre prețuri prin comparare cu catalogul SEAP, comisia de evaluare a efectuat o evaluare superficială a ofertei financiare, deoarece nu a solicitat clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut.

Contestatorul apreciază că autoritatea contractantă nu trebuia să se mărginească la o analiză formală a prețurilor existente în catalogul SEAP pentru câteva materiale și să solicite informații detaliate cu privire la prețul ofertat, prin care să se asigure că ofertantul duce la bun sfîrșit contractul de achiziție publică. Precizează că în catalogul SEAP sunt prezentat doar prețuri ale operatorilor economici ce doresc înscrierea în acest catalog, prețuri ce nu reprezintă o ofertă angajantă.

4. În legătură cu mențiunea din raportul procedurii potrivit căreia „documentele propunerii tehnice, sunt semnate și ștampilate de reprezentații legali și împuterniciți ai respectiv S.C. ...”, considerându-se, astfel, îndeplinită cerința fișei de date conform căreia documentele propunerii tehnice trebuie să fie semnate și ștampilate de reprezentantul ofertantului, contestatorul arată că nu a identificat nici un formular de împuternicire care să permită semnarea documentelor ce compun oferta de aceste două peroane și din partea celorlalți membrii au asocierii, neexistând, de altfel, la dosarul procedurii niciun formular de împuternicire.

Susține că, în măsura în care mențiunea din raport reflectă adevărul, cerința nu este îndeplinită prin semnarea ofertei tehnice doar de către cele 2 persoane, câtă vreme se menționează clar că oferta trebuia semnată de reprezentantul ofertantului.

5. Asocierea declarată câștigătoare este formată din mai multe firme, fiecare cu procentul aferent, conform acordului de asociere prezentat, dar, conform mențiunii din raportul procedurii, doar S.C ... S.R.L. au prezentat procedurile tehnice de execuție pentru realizarea obiectivului de investiție, în conformitate cu caietul de sarcini, proiectul tehnic și detaliile de execuție, situație în care rezultă că ceilalți trei asociați, respectiv S.C. ... S.R.L. nu participă la derularea contractului conform procentului declarat în acordul de asociere, deoarece ar fi trebuit să prezinte proceduri tehnice de execuție aferente lucrărilor pe care doresc să le execute ca membru în asociere, conform acordului de asociere.

6. Oferta tehnică a asocierii ce a fost declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire nefiind prezentate în mod corect și complet toate informațiile astfel încât să fie demonstrată integral îndeplinirea obiectului contractului.

Redând cerințele fișei de date cu privire la propunerea tehnică, contestatorul susține că, din raportul procedurii, nu rezultă că ofertantul desemnat câștigător a depus o ofertă care îndeplinește toate cerințele.

În drept, au fost invocate prevederile Legii nr.101/2016.

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

Prin punctul de vedere nr.12368/03.10.2017, înregistrat la C.N.S.C. sub nr.... solicită respingerea contestației, ca nefondată.

După ce prezintă un istoric al procedurii și redă petitul contestației, autoritatea contractantă precizează că, prin raportare la obiectul contestației, nu a identificat „un interes propriu sau legitim al contestatoarei ori un drept care l-ar îndreptăți să se considere vătămat printr-un act al autorității contractante organizatoare a procedurii de achiziție publică”, deoarece, deși vizează inadmisibilitatea și neconformitatea ofertei declarate câștigătoare, în contestație sunt prezentate argumente de ordin general, fără a invoca minime mijloace dc probă pe care să se sprijine.

În această ordine de idei, autoritatea contractantă enumeră mai multe documente pe care le consideră relevante, deoarece justifică legalitatea procedurii de achiziție publică.

Față de criticile din contestație, autoritatea contractantă își prezintă punctual argumentele, după cum urmează:

Cu titlu prealabil, arată că, în urma solicitării nr.SB/L/0/055/13.09.2017, înregistrată la ... sub nr.11452/13.09.2017, în conformitate cu prevederile art.217 alin.6 din Legea nr.98/2016, la data de 14.09.2017, reprezentantului Marco Molinari i s-a asigurat accesul neîngrădit la documentele publice solicitate, iar conform procesului verbal nr.11530/14.09.2017, contestatorul, prin reprezentantul împuternicit, a analizat toate documentele de calificare ale ofertei depuse de către Asociere, inclusiv DUAE și acordul de asociere.

Mai arată că, propunerea tehnică, propunerea financiară și răspunsurile la solicitările de clarificări au fost declarate de către Asocierea S.C. ...S.R.L. ca fiind confidențiale, iar, prin raportare la dispozițiile art.57, alin.1 din Legea nr.98/2016, are obligația de a nu dezvălui informațiile solicitate.

1. Cu privire la afirmația contestatorului referitoare la faptul că în cadrul procedurii există documente semnate doar de reprezentantul S.C. ... S.R.L., iar ofertantul nu a prezentat o împuternicire din partea fiecărui membru al asocierii în acest sens, precizează că documentele ofertei câștigătoare au fost semnate de către reprezentantul S.C. ... S.R.L. în calitate de lider al asocierii, acesta fiind împuternicit în acest sens de către toți membrii Asocierii, atât prin clauza 4.1 din acordul de

asociere încheiat pentru participarea la procedura de achiziție, cât și prin împuterniciri separate date de fiecare membru al asocierii.

2. În ceea ce privește experiența similară, autoritatea contractantă arată că nu a solicitat o valoare minimă a lucrărilor similare executate în ultimii 5 ani, și nici un număr maxim de contracte de lucrări cu obiect similar, executate în ultimii 5 ani, astfel că Asocierea a îndeplinit cerința fișei de date prezentând 16 certificări de bună execuție.

3. Referitor la prețul aparent neobișnuit de scăzut al ofertei câștigătoare și la faptul că nu a solicitat clarificări în legătură cu elementele ce compun acest preț, precizează că a considerat că au fost prezentate suficiente dovezi privind modul de fundamentare al prețului ofertat, sens în care arată că au fost verificate prețurile unitare ale principalelor materiale (ciment, filer, beton etc) prin comparație cu cele existente în catalogul SEAP, iar tariful orar mediu de 9 lei/oră, respectă prevederile H.G. nr.1/2017.

Arată că între prețurile unitare din oferta declarată câștigătoare și cele din oferta contestatorului nu există diferențe semnificative, prețurile totale din propunerile financiare fiind apropiate, respectiv 57.27% din valoarea estimată, și 63,90% din valoarea estimată, iar diferența dintre cele două propuneri financiare este determinată de distanțele de transport.

4. Documentele propunerii tehnice au fost semnate și ștampilate de către reprezentantul S.C. ... S.R.L., în calitate de lider al Asocierii, fiind împuternicit în acest sens de către toți membrii Asocierii, precizează autoritatea contractantă.

5. Cu privire la procedurile tehnice de execuție pentru realizarea obiectivului de investiție, autoritatea contractantă arată că în cadrul propunerii tehnice există proceduri tehnice de execuție aferente tuturor lucrărilor din cadrul proiectului, iar aceste documente au fost semnate, în integralitatea lor, de către reprezentantul S.C. ... S.R.L., în calitate de lider împuternicit al Asocierii, precum și faptul că, prin documentația de atribuire nu a solicitat, în cazul ofertelor comune (depuse în asociere de mai mulți operatori economici), prezentarea distinct, de către fiecare asociat, a propriilor proceduri tehnice de execuție.

În condițiile în care, în cadrul propunerii tehnice, oferta declarată câștigătoare conținea proceduri tehnice de execuție aferente tuturor lucrărilor din cadrul proiectului, nu se mai impunea prezentarea de către ceilalți trei asociați a unor proceduri tehnice de execuție proprii, conchide autoritatea contractantă.

6. În ceea ce privește critica potrivit căreia oferta tehnică a Asocierii ce a fost declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire, autoritatea contractantă arată că propunerea tehnică a fost evaluată conform tuturor cerințelor din documentația de atribuire, iar critica este nefondată și nemotivată.

În drept, au fost invocate prevederile menționate în cuprinsul documentului.

Ca mijloace de probă, au fost depuse, în copie certificată, documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa fără număr de înregistrare la emitent, și nedatată, înregistrată la C.N.S.C. sub nr.42710/11.10.2017, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin.3 din Legea nr.101/2016, Asocierea S.C...., a formulat „cerere de intervenție voluntară” solicitând următoarele: admiterea cererii de intervenție, respingerea ca nefondată a contestației, precum și menținerea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată câștigătoare, ca temeinică și legală.

Cu privire la admisibilitatea cererii de intervenție, Asocierea invocă prevederile art.26 și art.17 din Legea nr. 101/2016, precum și cele ale art.61 alin.2 și urm. C.pr.civ., arătând că justifică interesul în cauză, deoarece urmărește conservarea dreptului de „câștigător al procedurii”.

După ce redă solicitările contestatorului, intervenientul răspunde punctual fiecărei critici din cadrul contestației.

În drept, au fost invocate prevederile menționate în cuprinsul documentului.

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

Prin adresa înregistrată la C.N.S.C. sub nr.42919/12.10.2017, în temeiul dispozițiilor art.21 alin.2 și urm. din Legea nr.101/2016, S.C. ... SpA, a transmis „punct de vedere” la cererea de intervenție, solicitând respingerea acesteia ca tardivă, în principal, și, în subsidiar, ca nefondată, precum și admiterea contestației Asocierii.

În ceea ce privește tardivitatea cererii de intervenție, arată că i-a fost comunicată prin e-mail în data de 10.10.2017, iar raportat la data de 28.09.2017, data la care autoritatea contractantă a postat informația cu privire la depunerea contestației, cererea de intervenție este tardiv depusă.

Pe fondul cererii de intervenție, răspunde celor arătate în cadrul respectivei cereri.

Ca urmare a studierii dosarului format în cadrul Consiliului, cu excepția documentelor din cadrul propunerii tehnice și propunerii financiare a Asocierii S.C. ... S.R.L, Asocierea contestatoare a formulat „concluzii scrise”.

Susține că, urmare a studierii dosarului achiziției publice a identificat un număr de 4 împuterniciri date de membrii asocierii (cu excepția S.C. ... S.R.L.) către Vărzaru Mircea pentru a semna documentele depuse de către Asociere, iar în urma analizei acestor documente a constatat următoarele:

1. Autoritatea contractantă nu a prezentat nici o dovadă că aceste documente ar fi fost încărcate în SEAP, odată cu DUAE și oferta de către ofertantul câștigător, mai mult decât atât, în procesul verbal în care se consemnează ce documente au fost descărcate din SEAP de către autoritatea contractantă nu există nici o referire cu privire la depunerea vreunei împuterniciri.

2. În cuprinsul tuturor împuternicirilor se face mențiunea că acestea au fost date pentru participarea la o procedură de cerere de

ofertă/procedură simplificată în vederea încheierii unui acord cadru, dar prezenta procedură este licitație deschisă pentru atribuirea unui contract de achiziție publică.

3. Nu există o împuternicire dată de S.C. ... S.R.L. către Vărzaru Mircea pentru semnarea DUAE cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, în condițiile în care, prin răspunsul 1 la clarificarea 21, autoritatea contractantă a precizat că DUAE va fi semnat cu semnătură electronic extinsă de către reprezentantul împuternicit al fiecărui operator economic implicat, respectiv: asociat/subcontractant/terț susținător.

4. O parte dintre documentele depuse de către asociatul S.C. DOMARCONS S.R.L., inclusiv împuternicirea, DUAE și oferta tehnică, au fost semnate de către Dan Dumitru, în calitate de reprezentant legal/administrator, dar în certificatul constatator al societății, există ca persoană împuternicită doar o societate comercială, D plus D, existând mențiunea că ... este reprezentantul acestei societăți, nu al S.C.... S.R.L. Apreciază că, pentru a dovedi că persoana care a semnat documentele avea calitatea de reprezentant legal al S.C. ...S.R.L., era necesar ca asociatul să fi prezentat documente din care să rezulte fără echivoc aceasta.

Invocând încălcarea prevederilor art.137 alin.1, coroborate cu alin.2 lit.b din HG nr.395/2016, Asocierea contestatoare precizează că, din studierea DUAE, a identificat mai multe aspecte care trebuiau clarificate de către autoritatea contractantă, respectiv S.C. ... S.R.L. (pag.42 verso) au bifat că utilizează capacitățile altor entități, aspect ce nu este în concordanță cu realitatea ofertei depuse și cu DUAE celorlalți membri ai asocierii, precum și faptul că nici unul dintre operatori nu a indicat numărul de TVA deținut.

Mai mult decât atât, nici unul dintre DUAE nu are menționat în clar numele persoanei care îl semnează, iar în ceea ce privește semnătura aplicată pentru asociatul S.C. ... S.R.L., este vizibil alta față de cea aplicată pe acordul de asociere pentru aceeași societate, în condițiile în care se susține că este semnată de aceeași persoană.

În ceea ce privește propunerea financiară a ofertantului câștigător, precizează că nu a avut acces la aceasta, iar „mijloacele de probă” pe care și-a întemeiat susținerile, sunt cele ce rezultă chiar din raportul procedurii, unde se menționează că au fost analizate câteva dintre preturi comparându-se cu catalogul SEAP, sens în care apreciază că, autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, a efectuat o evaluare superficială a ofertei financiare, deoarece având un preț atât de scăzut față de valoarea estimată, nici măcar nu a solicitat clarificări cu privire la prețul aparent neobișnuit de scăzut al ofertei câștigătoare.

Contestatorul arată că, din studierea răspunsului ofertantului câștigător la solicitarea de clarificări privind refacerea unor liste de cantități de lucrări, se poate observa că prețul pentru „transport” ofertat (articolul TRA01A04+0.80 lei) este neobișnuit de scăzut, deoarece

rezultă un cost de 0,20 ron/km, ca și prețul pentru materialul 6200573 – benzină auto neetilată tip co/r 75 normală, ofertantul câștigător prezentând un preț de 3,30 lei/litru, ceea ce nu este posibil, deoarece, la momentul ofertării, prețul pentru un litru de benzină era de circa 4,60 lei TVA inclus (circa 3,87 lei/litru fără TVA), cu aproximativ 57 de bani/litru mai mult.

Apreciază că autoritatea contractantă trebuia să solicite ofertantului câștigător explicații cu privire la posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

Consiliul, relativ la admisibilitatea cererii de intervenție voluntară formulată de Asocierea al cărei lider este S.C. ... S.R.L., reține că, așa cum rezultă din raportul procedurii de atribuire nr.11168/07.09.2017, oferta depusă de asocierea menționată s-a clasat pe locul I în cadrul clasamentului ofertelor admisibile, fiind desemnată câștigătoare, cu o propunere financiară de 32.929.372,11 lei.

Potrivit art.17 alin.3 din Legea nr.101/2016, *„Până la soluţionarea contestaţiei de către Consiliu,* ***operatorii economici interesaţi*** *să participe la procedura de atribuire, respectiv, după caz, operatorii economici participanţi la procedura de atribuire,* ***pot formula, cu înştiinţarea părţilor cauzei, cerere de intervenţie voluntară în litigiu****, potrivit prevederilor Legii nr.134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările ulterioare,* ***în termen de 10 zile de la data publicării în SEAP a faptului că s-a formulat contestație****. (…)*"

Având a stabili dacă Asocierea al cărei lider este S.C. YDAIL CONSTRUCT S.R.L. a depus cererea de intervenție în termenul legal, Consiliul determină ca având relevanță următoarele informații:

-data postării în SEAP, de către autoritatea contractantă, a contestației, respectiv ***28.09.2017***;

-data depunerii la C.N.S.C. a cererii de intervenție, respectiv ***10.10.2017***, prin mail, fiind înregistrată sub nr.42710/11.10.2017,

în raport cu care constată că ofertantul menționat a depus cererea de intervenție în afara termenului legale, la data de 10.10.2017 fiind decăzut din dreptul de a mai depune cerere de intervenție.

Astfel fiind, cererea de intervenție depusă de Asocierea al cărei lider este S.C. ... S.R.L., va fi respinsă, ca inadmisibilă.

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

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, desfășurată on line, în vederea încheierii contractului de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări «...*”,* cod CPV 45233120-6 – Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, anunțul de participare nr.173033/08.02.2017.

Valoarea estimată a contractului este de 57.499.405 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire a contractului este *„cel mai bun raport calitate preț*", cu următorii factori de evaluare: „prețul ofertei" –pondere 90% și "durata de garantare a lucrărilor" –pondere 10%.

Au fost depuse 26 de oferte, care au fost vizualizate în SEAP la data de 17.07.2017, ocazie cu care s-a încheiat procesul-verbal nr.6144.

Potrivit raportului procedurii nr.11168/07.09.2017, a fost desemnată câștigătoare oferta depusă de Asocierea formată din S.C. .... S.R.L., cu o propunere financiară de 32.929.372,11 lei, în timp ce oferta depusă de Asocierea formată din ..., contestator în cauza de față, a fost clasată pe locul II, cu o propunere financiară de 36.741.439,65 lei.

Împotriva rezultatului procedurii de atribuire, respectiv a deciziei de desemnare a ofertei câștigătoare, Asocierea al cărei lider este ... S.A. a depus contestația de față, după parcurgerea procedurii prealabile a notificării autorității contractante.

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

Cu privire la susținerea contestatorului conform căreia autoritatea contractantă nu i-a asigurat accesul neîngrădit la dosarul achiziției publice, ci doar la documentele de calificare, invocând în motivare confidențialitatea propunerii tehnice și a propunerii financiare, Consiliul constată că autoritatea contractantă a acționat cu respectarea dispozițiilor art.217 alin.6 din Legea nr.98/2016, potrivit cu care, *„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*".

În condițiile în care propunerea tehnică și propunerea financiară a asocierii desemnată câștigătoare au fost declarate confidențiale, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile legale enunțate, contestatorul nefiind prejudiciat sau obstrucționat în promovarea căii de atac.

În fața Consiliului însă, au aplicabilitate dispozițiile art.19 alin.1 teza ultimă și alin.2 din Legea nr.101/2016 potrivit cărora *„(...) Caracterul confidenţial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă. (2) Accesul la documentele dosarului constituit la Consiliu potrivit alin. (1)* ***nu este condiţionat de accesul la documentele aflate la autoritatea contractantă*** *potrivit legislaţiei privind achiziţiile publice sau legislaţiei privind achiziţiile sectoriale ori legislaţiei privind concesiunile de lucrări şi concesiunile de servicii*", situație în care petentului i-au fost puse la dispoziție documentele doarului cauzei constituite de raportul procedurii, clarificările solicitate ofertantului câștigător pe timpul evaluării ofertelor, răspunsurile aferente, procesele verbale intermediare de analiză etc., documente referitor la care, pe lângă faptul că nu s-a depus niciun mijloc de probă în susținerea confidențialității vreuneia dintre informațiile conținute, niciunul dintre acestea nu a fost marcat *„în mod*

explicit și vizibil" în sensul reglementat de dispozițiile art.19 alin.3 din lege.

Modul de a proceda al Consiliului se circumscrie celor reținute la pct.55 din Hotărârea Curţii de Justiţie a Uniunii Europene din 14 februarie 2008, cauza C-450/06, având ca obiect o cerere de pronunţare a unei hotărâri preliminare formulată în temeiul articolului 234 CE, a cărei acțiune principală a avut ca obiect dreptul la protecția informațiilor confidențiale, prin care Curtea a reținut că: *„(...)* ***Este de competența acestui organism să decidă în ce măsură și potrivit căror modalități se impune garantarea confidențialității*** *și a secretului acestor informații,* ***în lumina cerințelor unei protecții juridice efective și a respectării dreptului la apărare al părților la litigiu*** *și, în cazul unei căi de atac în fața unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, pentru ca* ***procedura, în ansamblul său, să respecte dreptul la un proces echitabil***".

Faptul că petentului i s-a asigurat accesul la dosarul cauzei la sediul Consiliului nu semnifică însă că eventualele *„noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere formulate pe calea concluziilor scrise*" depuse în urma studiului dosarului constituit la Consiliu se vor analiza împotriva și cu nesocotirea dispozițiilor exprese ale art.21 alin.3 din Legea nr.101/2016 – *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare şi/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestaţie ulterior termenului legal de formulare a acesteia*".

Așadar, o primă critică de nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului, formulată de contestator, constă în faptul că *„în cadrul procedurii există documente semnate doar de reprezentantul S.C. YDAIL CONSTRUCT S.R.L. și ofertantul nu a prezentat o împuternicire din partea fiecărui membru al asocierii în acest sens."*

Verificând documentele depuse de ofertantul desemnat câștigător, Consiliul constată că, printre acestea, se regăsește Acordul de asociere semnat de reprezentanții fiecărui membru al asocierii, înscris în cadrul căruia, la pct.1 – *„Părțile acordului*", se menționează că S.C. ... S.R.L. are calitate de lider de asociere, iar, la pct.4.1, se menționează că ***„Se împuternicește S.C. ... S.R.L. având calitatea de lider al asocierii pentru întocmirea ofertei comune, semnarea și depunerea acesteia în numele și pentru asocierea constituită prin prezentul acord."***

Prin urmare, prin semnarea documentelor ofertei, S.C. ... S.R.L. a acționat în limitele mandatului acordat de membrii asocierii, iar prezentarea de împuterniciri din partea acestora în vederea semnării ofertei comune, determină Consiliul că era inutilă, acestea dublând practic ceea ce rezultă cu prisosință din acordul de asociere cu privire la puterile acordate liderului de asociere.

Următoarea critică de nelegalitate a deciziei de atribuire a contractului este constituită de susținerea contestatorului conform căreia

asocierea desemnată câștigătoare nu îndeplinește criteriul de calificare privind experiența similară deoarece contractele prezentate de aceasta au o valoare cu mult sub valoarea estimată a contractului.

În soluționare, Consiliul se va raporta la prevederile de la cap.III.2.3.a) – *„Capacitatea tehnică și/sau profesională"* din fișa de date, unde apare următoarea cerință:

„Se va prezenta: Lista lucrărilor similare obiectului contractului, realizate în ultimii 5 ani, (raportați la data limită de depunere a ofertelor, modul de stabilire al perioadei nu va fi afectat de eventualele decalări ale termenului prevăzut în AP publicat inițial). Lisa va cuprinde: denumire lucrări, valori, perioade de executare, beneficiari publici sau privați. Se vor prezenta: (...)".

Față de împrejurarea că autoritatea contractantă nu a stabilit un prag valoric în ceea ce privește experiența similară, în sensul că nu a solicitat să se prezinte contracte a căror valoare cumulată să depășească un anumit prag valoric, ci doar prezentarea de contracte din care să rezulte executarea unor lucrări similare, susținerea contestatorului este lipsită de orice temei.

Obligația ofertanților, conform art.123 din H.G. nr.395/2016, este aceea de a elabora oferta conform documentației de atribuire, obligație ce nu se reține a fi fost încălcată de ofertantul desemnat câștigător.

Cu privire la critica constând în aprecierea contestatorului conform căreia autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligațiile legale impuse în legătură cu situația ofertelor care prezintă prețuri aparent neobișnuit de scăzute, se va analiza prin raportare la următoarele reguli și dispoziții legale:

- considerentul justificativ (103) din Directiva 2014/24/UE privind achizițiile publice și de abrogare a Directivei 2004/18/CE – *„Ofertele care **par anormal de scăzute în raport cu lucrările**, produsele sau serviciile **ar putea să se bazeze pe ipoteze sau practici necorespunzătoare din punct de vedere tehnic, economic sau juridic. Dacă ofertantul nu poate furniza o explicație suficientă, autoritatea contractantă ar trebui să aibă dreptul de a refuza oferta***";

- art.210 alin.1 – 3 din Legea nr.98/2016 – *„(1) **În cazul unei oferte care are un preţ sau cost aparent neobişnuit de scăzut 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 costul propus.*

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

a) fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii 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 obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218;

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

(3) Autoritatea contractantă evaluează informaţiile şi documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preţ aparent neobişnuit de scăzut şi respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, ţinând seama de elementele menţionate la alin. (2)";

- art. 136 din alin.1 H.G. 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 reține astfel că nivelul procentual al propunerilor finaciare stabilit la un anumit prag, instituit prin vechea legislație în domeniu, abrogată, nu mai constituie o prezumție în raport de care autoritatea contractantă să considere o ofertă ca având preț aparent neobișnuit de scăzut, invocarea de către contestator a faptului că prețul unei oferte este aparent neobișnuit de scăzut și trebuie justificat, nefiind un motiv legal și temeinic de a considera, *ab initio*, respectiva ofertă ca fiind una cu preț aparent neobișnuit de scăzut.

Legislația în vigoare instituie regula ca aprecierea „***preţului aparent neobişnuit de scăzut***" al ofertelor să fie bazată pe raportarea acesteia la ***„lucrările****, produsele sau serviciile* ***care constituie obiectul contractului de achiziţie publică",*** indiferent dacă valoarea procentuală a propunerii financiare rezultată din compararea acesteia cu valoarea estimată este, spre pildă, de sub 50% sau depășește procentul de 90% din respectiva valoare, astfel că art.136 alin.1 din Norma metodologică aprobată prin H.G. nr.395/2016 reglementează expres caracterul ofertei cu preț aparent neobișnuit de scăzut ca fiind acea ofertă care conține în cadrul propunerii financiare „***elemente de preţ (...) aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi*** *(dar nu numai n.n.)* ***buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri***".

Astfel, pentru a prezenta critici fondate referitoare la prețul apreciat ca aparent neobișnuit de scăzut, contestatorul trebuia să prezinte dovezi în sensul articolului menționat, or, în lipsa probelor de natura menționată critica apare ca nefondată.

Dincolo de acestea, un argument în susținerea criticii contestatorului nu se reține a fi nici referirea acestuia la articolul de deviz TRA01A04 – „TRANSPORT RUTIER AL MATERIALELOR, SEMIFABRICATELOR CU AUTOBASCULANTA”, din concluziile scrise, articol ce apare în formularul F3 – „Lista cu cantitățile de lucrări pe categorii de lucrări”, categoria de lucrări „02 INFRASTRUCTURI”, depus cu adresa nr.10029/10.08.2017 de asocierea în discuție, din conținutul căruia nu rezultă că aceasta va utiliza combustibilul benzină.

În ceea ce privește critica conform căreia oferta desemnată câștigătoare a fost prezentată cu nerespectarea cerinței de a fi fost semnată de reprezentantul ofertantului, fără a mai relua considerentele reținute cu ocazia analizei primei critici, Consiliul o va respinge, documentele ofertei fiind semnate de liderul de asociere, împuternicit prin acordul de asociere, de către membrii acesteia.

De asemenea, Consiliul va respinge și critica conform căreia *asociații „S.C....R.L. nu participă la derularea contractului în procentul declarat în acordul de asociere, deoarece ar fi trebuit să prezinte Proceduri Tehnice de execuție aferente lucrărilor pe care doresc să le execute ca membru în asociere*”, fiind de natura unei speculații în condițiile în care nu se indică cerința documentației de atribuire care a fost încălcată.

Nefondată este și ultima critică din contestație, conform căreia *„oferta tehnică a asocierii ce a fost declarată câștigătoare nu îndeplinește cerințele documentației de atribuire nefiind prezentate în mod complet toate informațiile*”, deoarece, în raport cu prevederile fișei de date de la cap.IV.4.1) – „Modul de prezentare a propunerii tehnice”, Consiliul constată că, în cadrul ofertei desemnată câștigătoare, se regăsesc toate documentele solicitate.

Criticile contestatorului cu privire la documentele de calificare ale asocierii desemnată câștigătoare, aflate în cadrul concluziilor scrise, nu vor face obiectul vreunei analize, la data formulării lor contestatorul fiind decăzut din dreptul de a le mai formula.

Astfel, în condițiile în care autoritatea contractantă a asigurat accesul contestatorul la documentele de calificare ale ofertantului câștigător, nu exista niciun impediment pentru care acesta să nu includă în contestație toate criticile, formularea unora dintre acestea pe cale concluziilor scrise fiind inadmisibilă, în considerarea art.21 alin.3 din Legea nr.101/2106.

Similar procedurii judiciare, concluziile scrise reprezintă expunerea sistematizată a motivelor de fapt şi de drept invocate în termenul de formulare a contestaţiei, iar nu o motivare a acesteia.

Dispoziţiile art.19 din Legea nr.101/2016 îi garantează, într-adevăr, contestatorului accesul la documentele aflate la dosarul achiziţiei publice depuse de autoritatea contractantă la Consiliu, dar nu se constituie într-un motiv de derogare de la caracterul imperativ al termenului în care trebuie invocate neregularităţile procedurii de atribuire, mai cu seamă

că, după cum s-a arătat, contestatorul a avut acces la documentele de calificare ale asocierii în discuție și la sediul autorității contractante.

Pentru considerentele enunțate, în temeiul art.26 alin.6 din Legea nr.101/2016, Consiliul respinge contestația, ca nefondată.

Decizia este obligatorie, în conformitate cu art.28 alin.1 din Legea nr.101/2016.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondată, contestația formulată de S.C. ..., parter, camera P06, sector 1, în contradictoriu cu ...

Respinge cererea de intervenție formulată de Asocierea al cărei lider este S.C. ....

Obligatorie.

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

Preşedinte	**Membru**	**Membru**
...	**...**	**...**

Redactată în cinci exemplare originale, conține 16 pagini.