CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleus 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. 14 alin. (2) 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. ...../....., înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., depusă de SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, cu sediul în ....., str. ..... nr. ....., jud. ....., înmatriculată în Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... - administrator, împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 13911/12.07....., emisă de către ....., cu sediul în ....., Str. ..... nr. ....., jud. ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect „Reabilitare a infrastructurii rutiere a orașului ..... - strada .....", cod CPV 45233220-7, s-a solicitat:

„- anularea procedurii de atribuire, pe motivul încălcării grave a legislației în vigoare privind achizițiile publice de către autoritatea contractantă;

- anularea raportului procedurii și a comunicării rezultatului procedurii nr. 13911/12.07....., emisă de autoritatea contractantă prin care a fost declarată câștigătoare oferta operatorului economic SC ..... SRL, precum și a tuturor actelor subsecvente acestora;

- reluarea procedurii prin reevaluarea în condiții legale a ofertei declarate câștigătoare, precum și a ofertei clasate pe locul 2, ținând cont de motivele prezentate în cuprinsul contestației;

- în urma analizei temeinice a caracterului integral confidențial al ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, solicităm și oferirea accesului la dosarul achiziției în fața Consiliului, în temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016".

În luarea deciziei, **CONSILIUL**, legal investit, a avut în vedere următoarele:

SC ..... SRL a formulat contestație împotriva comunicării rezultatului procedurii nr. 13911/12.07....., emisă de către ....., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate într-o singură etapă, organizată în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având ca obiect „Reabilitare a infrastructurii rutiere a orașului ..... - strada .....", cod CPV 45233220-7.

În fapt, contestatorul precizează că a solicitat accesul la dosarul achiziției la autoritatea contractantă, iar în momentul prezentării la sediul acesteia, s-a primit accesul la documente ale dosarului de achiziției, în vedere consultării acestuia, dar nu și la documentele de interes, pe motiv de confidențialitate.

Contestatorul consideră că justifică un interes legitim, actual și direct pentru formularea prezentei contestații. Interesul este născut de la data depunerii ofertei și a fost lezat prin adoptarea de către autoritatea contractantă a unei conduite care încalcă dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

În primul rând, contestatorul solicită Consiliului anularea procedurii de atribuire, pe motivul că, prin clarificările oferite de autoritatea contractantă în etapa evaluării propunerilor financiare, aceasta a impus tuturor operatorilor economici însușirea unor articole aferente materialelor, manoperei etc, a căror valoare urma să fie identică pentru toți ofertanții, pentru a nu afecta ierarhia stabilita la momentul acela. Această impunere vine în urma unei erori a autorității contractante, operatorii economici nefiind în culpa, iar valoarea fixă impusă nu este în concordanță cu prevederile legale în vigoare, deoarece operatorii economici practică prețuri diferite în funcție de fiecare articol licitat, aceștia fiind obligați de autoritate la practicarea unor prețuri mai mici sau mai mari decât cele utilizate în mod uzual, individualizate. În plus, un aspect de o importanță deosebită îl constituie faptul că mărirea plafonului prețurilor ofertelor este de 32.596,30 lei, ceea ce depășește 1% din valoarea totală estimată a contractului, aceasta fiind o cauză de anulare a procedurii. Autoritatea contractantă avea obligația de a solicita acordul participanților în procedura de atribuire cu privire la mărirea plafonului și de a nu impune acest aspect, cu atât mai mult cu cât articolele eludate constituie elemente esențiale ale ofertelor operatorilor economici.

Contrar celor susținute de autoritatea contractantă în răspunsul la notificarea prealabilă prin care aceasta consideră tardivă solicitarea de anulare a procedurii, contestatorul învederează Consiliul de faptul că neacceptarea sau neconformarea cu impunerea (și nu solicitarea acordului) pentru operatorii economici participanți ar fi atras descalificarea din procedura de atribuire. În cazul de față se poate vorbi despre *„o acceptare forțată*" venită din partea operatorilor, aceștia riscând descalificarea. Drept urmare, pentru ocrotirea intereselor

participanților la procedura de atribuire care au avut o conduită în deplină concordantă cu Legea, se justifică invocarea acestui aspect în urma comunicării rezultatului procedurii, aceștia nemaiputând fi descalificați.

Contestatorul solicită Consiliul ca, în cazul în care va considera înlăturarea capătului de cerere de mai sus, să ia în considerare următoarele capete de cerere, ținând cont de motivele prezentate mai jos.

Contestatorul susține că autoritatea contractantă a avut o conduită abuzivă deoarece a considerat oferta operatorului economic SC ..... SRL integral confidențială, așa cum nu reiese din declarația acestuia, refuzând să îi solicite demonstrarea caracterului integral confidențial prin prezentarea unor dovezi în acest sens (a se vedea cazul dreptului de proprietate intelectuală care trebuie probat prin înscrisuri), iar ofertantului clasat pe locul 2, respectiv SC .....SRL i-a acceptat o simplă declarație de o frază prin care acesta susține, din nou nemotivat, faptul că oferta sa este integral confidențială. Ca urmare, aceste aspecte viciază procedura de atribuire, fiind contrare prevederilor legale în materie, în speță fiind incident art. 123 din HG nr. 395/2016. Așadar, autoritatea contractantă se face vinovată, prin acceptarea caracterului integral confidențial al ofertelor clasate pe primele două locuri, de încălcarea a două norme imperative cu rang de principiu prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul precizează că, după consultarea documentelor puse la dispoziție de autoritatea contractantă, respectiv raportul procedurii și documentele de calificare (DUAE), s-au identificat probleme în legătură cu respectarea legislației în vigoare în declararea ofertei operatorului economic SC ..... SRL ca fiind câștigătoare, și în legătură cu oferta clasată pe locul 2. În situația de față, raportat la prețurile ofertate de societățile clasate pe primele două locuri și la valoarea estimată a lucrărilor indicată de autoritatea contractantă în fișa de date (2.586.801,45 lei fără TVA), sunt aplicabile prevederile art. 210 din Legea nr. 98/2016 privind prețul neobișnuit de scăzut. Astfel, prețurile totale ofertate de operatorii economici sunt următoarele:

1. SC ..... SRL, preț total 1.955.805,31 lei, ce reprezintă un procent de 75,60 % din valoarea estimată a întregului contract;
2. SC .....SRL, preț total 2.001.357,25 lei, ce reprezintă un procent de 77,37 % din valoarea estimată a întregului contract;
3. Asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL, preț total 2.228.733,62 lei, ce reprezintă un procent de 84,89 % din valoarea estimată a întregului contract.

Dat fiind faptul că nu s-au putut studia, într-un mod complet și minuțios, ofertele clasate pe primele două locuri, și datorită discrepanței evidente de preț, contestatorul consideră că se impune atât verificarea prețului ofertat de cei doi operatori economici, cât și verificarea faptului

dacă ofertele celor doi operatori economici îndeplinesc cerințele caietului de sarcini, în special cu privire la următoarele aspecte:

- respectarea modelelor de formulare puse la dispoziție de autoritatea contractantă și a termenelor de execuție;

- completarea formularelor în conformitate cu HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice,

- transportul pământului și al materialului excavat și costurile aferente acestuia, așa cum se specifică în clarificări: *„Fiecare ofertant poate să prevadă propriile costuri de transport și depozitare cu condiția să respecte cerințele cantitative și calitative prevăzute în caietul de sarcini și proiectul tehnic*”, ținând cont și de poziționarea celui mai apropiat depozit față de locația lucrării;

- conformitatea preturilor utilizate cu *„Ghidul privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice-indicativ P91/1-02”* – art. 2.2.2 – *„Executanții (ofertanții) au deplină libertate de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, cu respectarea cerințelor cantitative și calitative prevăzute în proiectul tehnic. În caietul de sarcini și în alte acte normative în vigoare care reglementează execuția lucrărilor*”;

- în fișa de date se cer la propunerea financiară la ultimul punct, Informații privind performanțele și costurile implicate cu utilajele sau echipamente de lucru cuprinse în ofertă (în special pentru utilajele/ echipamentele de lucru închiriate.

Totodată, contestatorul consideră că procedura de atribuire s-a realizat cu încălcarea prevederilor art. 136 și 137 din HG nr. 395/2016, respectiv că societăților clasate pe primele două locuri nu li s-au solicitat explicații privind posibilitatea îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire.

În vederea soluționării contestației depuse, Consiliul a solicitat autorității contractante, prin adresa nr. 30793/..... - ...../26.07....., să transmită dosarul achiziției, ofertele clasate pe locul I și II, în copie certificată în conformitate cu dispozițiile art. 18 și cu art. 20 din Legea nr. 101/2016 coroborat cu art. 236 alin. (2) din Legea 98/2016 precum și dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 în termen de 5 zile lucrătoare de la data comunicării prezentei sub sancțiunea reglementată de art. 20 alin. (5) din actul normativ antemenționat.

Prin adresa înregistrate la CNSC cu nr. 14566/26.07..... și nr. 31502/31.07....., autoritatea contractantă s-a conformat solicitării de mai sus.

Având în vedere că SC ..... SRL și SC .....SRL au declarat confidențiale ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire, precum și a faptului că SC ..... SRL a solicitat accesul la documentele dosarului

de achiziție publică, Consiliul, prin adresele nr. 32306/.....-...../03.08..... și nr. 32306/.....-...../03.08....., în conformitate cu dispozițiile art. 20 din Legea nr. 101/2016, a solicitat SC ..... SRL și SC .....SRL, comunicarea temeiul juridic al încadrării tuturor înscrisurilor menționate ca fiind „confidențiale", să justifice această încadrare și să demonstreze prin orice mijloc de probă caracterul confidențial al documentelor, conform dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, care stipulează că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă".

Prin adresele înregistrate la CNSC sub nr. 32590/07.08..... și nr. 32665/07.08....., SC ..... SRL și SC .....SRL au răspuns la solicitarea de mai sus. SC .....SRL menționează că a înțeles să declare confidențial conținutul ofertei tehnice și al ofertei financiare având în vedere faptul că este producător de mixturi asfaltice, aspect atestat de certificatul nr. 2293 - CPR - 0361, anexat. SC ..... SRL precizează că a declarat confidențială oferta deoarece a fost elaborată în considerarea experienței și expertizei pe care societatea a dobândit-o activând cu succes în calitate de profesionist în domeniul lucrărilor de infrastructură și a anexat „Codul de conduită" care statuează la nivel de principiu, fără excepție sau limitare, confidențialitatea activității și a afacerilor societății.

Întrucât în cadrul contestației, SC ..... SRL solicită accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa nr. 32770/ ..../07.08....., în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 08.08.....

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresele înregistrate la CNSC sub nr. 33343/10.08..... și nr. 33344/10.08....., SC ..... SRL a depus concluzii scrise și documente în susținerea acestora.

În preambulul concluziilor scrise, contestatorul consideră de cuviință să clarifice, cu respectarea prevederilor art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, că nu aduce modificări cadrului procesual dedus judecății, din moment ce în cuprinsul contestației, la pct. 4 (pag. 8), s-a învederat faptul că datorită discrepanței evidente de preț, se impune atât verificarea prețului ofertat de cei doi operatori economici, cât și verificarea faptului dacă ofertele celor doi operatori economici îndeplinesc cerințele caietului de sarcini.

Cu privire la ofertantul clasat pe locul 2, respectiv SC .....SRL, contestatorul apreciază că propunerea financiară a fost întocmită cu nerespectarea documentației de atribuire. În concret, ofertantul nu a respectat cerința din fișa de date de la pct. IV. 4.2.) „Oferta trebuie să conțină toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor și va conține (...) informații privind performanțele și costurile implicate cu utilajele sau echipamentele de lucru cuprinse în ofertă (în special pentru utilajele/echipamentele de lucru închiriate), în momentul depunerii ofertei". Acest aspect ar duce la o descalificare clară a ofertantului pe motivul lipsei unui element esențial al ofertei, impus de fișa de date la data și ora depunerii ofertei, operatorul economic completându-și oferta ulterior, într-un mod care nu este în concordanță cu prevederile HG nr. 395/2016. În plus, în cazul de față, ofertantului clasat pe locul 2 i s-au solicitat clarificări prin adresa nr. 12919/26.06....., acesta răspunzând în termen, însă irelevant cu privire la solicitarea în sine, deoarece la pct. 5 al răspunsului ofertantul face trimitere la tariful unitar, anexând calculația de tarif unitar pentru utilaj buldozer, aceasta prezentând doar specificația „închiriat 59 lei/oră". Pe lângă faptul că ofertantul prezintă doar un tarif pe oră, operatorul economic nu prezintă nici un act prin care să facă dovada proprietarului utilajului. Așadar lipsește contractul de închiriere sau oferta de închiriere care să justifice prețul de 59 lei/oră.

Deoarece, chiar după solicitările de clarificări, ofertantul SC .....SRL nu a prezentat un înscris care să dovedească proveniența utilajului și care să justifice prețul, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a greșit în acceptarea răspunsului, iar ofertantul trebuia descalificat (ofertă neconformă), deoarece oferta nu satisface cerințele fișei de date, fiind incident în speță art. 137 alin. (3) lit. a) și c).

În plus, contestatorul arată că a mai descoperit următoarele neregularități:

1) Ofertantul nu a justificat prețul pentru betoane;

2) Necesar pentru fundația la bordură conform detaliului de execuție, beton B250 (C16/20) 137,55 mc. Ofertantul a introdus beton B150 127,62mc și B250 6 mc, calculând diferența de preț pentru această eroare -2.874,87 lei;

3) Lipsește ceară de albine 258,23 kg, rezultând o diferență de -7.746,75 lei;

4) Lipsesc 9 indicatoare de circulație, rezultând o diferență de -504,45 lei;

5) Necesar mortar de zidărie m100 18,59 mc. Ofertantul a introdus 17,52 mc rezultând o diferență de -178,98lei.

Cumulând toate diferențele rezultă un total de -11.305,05 lei.

În al doilea rând, cu privire la ofertantul declarat câștigător, respectiv SC ..... SRL, contestatorul apreciază că acesta trebuia declarat neconform, deoarece:

1) Formularul de ofertă nu respectă formularul din cadrul documentației de atribuire;

2) Formularul F1 - Centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv nu respectă HG nr. 907/2016;

3) Formularul F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări nu respectă HG nr. 907/2016 și este cumulat pe proiect, nu pe obiecte așa cum e solicitat în fișa de date;

4) Informații privind performanțele și costurile implicate cu utilajele sau echipamentele de lucru cuprinse în ofertă (în special pentru utilajele/ echipamentele de lucru închiriate):

- ofertantul precizează că performanțele (consum, randament, utilizare) utilajelor se regăsesc în fișele tehnice specifice dar nu a atașat nici o fișă tehnică;
- ofertantul precizează că costurile implicate cu utilizarea utilajelor se regăsesc în cadrul ofertei financiare depuse în Formularul C8, dar în cuprinsul acestuia se regăsesc prețurile pe oră de funcționare a utilajelor, nicidecum costurile implicate cu utilajele (amortizare, reparații, deservent, taxe, etc.) iar pentru utilajele pe care acesta le declară ca închiriate nu a depus nimic, cu toate că solicitarea din fișa de date le vizează în special pe acestea. I s-au cerut clarificări și a răspuns cu calculația de cost pentru funcționare a utilajelor dar ofertantul trebuia să o introducă în faza de depunere a ofertei conform fișei de date, nu să i se ceară clarificări, constituind un element esențial al ofertei impus de documentația de atribuire care a lipsit, iar pentru utilajele închiriate nu a depus nimic. Acest aspect ar duce la o descalificare clară a ofertantului pe motivul lipsei unui element esențial al ofertei, impus de fișa de date la data și ora depunerii ofertei, operatorul economic completându-și oferta ulterior, într-un mod care nu este în concordanță cu prevederile HG nr. 395/2016;

5) În urma verificării listelor cu materiale a reieșit că acesta a omis unele, sau altele au fost trecute în plus, după cum urmează:

a) Necesar pentru fundația la bordură conform detaliului de execuție, beton B250 (C16/20) 137,55 mc. Ofertantul a introdus beton B150 72,18 mc și B250 6 mc, calculând diferența de preț pentru această eroare reiese diferența de -15.331,05 lei;

b) Necesar emulsie de bitum 2.091,81 kg. Ofertantul a introdus 3.344,38kg rezultând o diferență de +1.878,86 lei;

c) Lipsesc 9 indicatoare de circulație, rezultând o diferență de -1.350 lei;

d) Lipsesc 18,59 mc de mortar de zidărie M100, rezultând o diferență de -5.205,2 lei;

e) Necesar nisip 2.045,58 kg. Ofertantul a introdus 1.327,09 kg rezultând o diferență de - 9.196,67 lei.

Cumulând toate diferențele rezultă că prețul ofertat este mai mic cu 29.204,06 lei, valoare care depășește procentul de 1% din valoarea ofertată/estimată și drept urmare oferta ar fi trebuit declarată de

autoritatea contractantă ca neconformă. În cazul de față sunt incidente aceleași articole citate mai sus.

Analizând susținerile și documentele depuse la dosarul cauzei, **Consiliul constată următoarele**:

....., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată într-o singură etapă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică lucrări, având ca obiect „Reabilitare a infrastructurii rutiere a orașului ..... - strada .....", cod CPV 45233220-7, elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă și publicând, în SEAP, anunțul de participare simplificat nr. ...../ ....., conform căruia valoarea estimată a procedurii este 2.586.801,45 lei fără TVA. Conform cap. IV.2.1) din invitație, criteriul de atribuire al contractului este „prețul cel mai scăzut".

Prin Declarația cuprinzând – informațiile considerate confidențiale dată la data de 19.06....., SC ..... SRL (pag. 584 din ofertă) menționează „următoarele informații cuprinse în propunerea tehnică / propunerea financiară sunt confidențiale" enumerând denumirea înscrisurilor considerate confidențiale.

Prin Declarația cuprinzând – informațiile considerate confidențiale dată la data de 16.06....., SC .....SRL (pag. 24 din oferta depusă de SC .....SRL) menționează „informații cuprinse în propunerea tehnică / propunerea financiară sunt confidențiale".

Niciuna din cele două declarații nu conțin motivarea caracterului confidențial al informațiilor indicate de SC ..... SRL și SC .....SRL ca fiind confidențiale potrivit prevederilor art. 123 din HG nr. 395/2016.

Având în vedere aceste aspecte coroborat cu solicitările contestatorului și ținând cont de prevederile art. 19 din Legea nr. 101/2016 care dispun în mod expres și imperativ faptul că „La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă"; Consiliul a solicitat prin adresele nr. 32306/.....-...../03.08..... și nr. 32307/.....-...../03.08..... atât SC ..... SRL cât și SC .....SRL să comunice temeiul juridic al încadrării anumitor înscrisuri menționate ca fiind confidențiale și să justifice această încadrare, cu demonstrarea acestor aspecte prin orice mijloace de probă.

La această solicitare SC ..... SRL alege să depună adresa nr. 598/07.08..... înregistrată la CNSC sub nr. 32665/07.08..... în cadrul căreia prezintă generalități susținând că „astfel, documentele

declarate confidențiale și având caracter tehnic, respectiv plan propriu privind organizarea de șantier, plan de organizare a lucrărilor, plan de calitate și PCCVI, plan de mediu, impact de mediu, PSI/plan SSM, metodologia privind execuția lucrărilor conțin informații, principii, reguli, metode, resurse materiale/echipamente (...), resurse umane (...) care sunt specifice societății noastre și care înglobează know-how-ul propriu cu privire la execuția lucrărilor și managementul calității (...) documentele din cadrul propunerii financiare declarate confidențiale, respectiv ofertele de preț, chiriile aferente utilajelor se încadrează cu prisosință în categoria secretelor de afaceri (...) divulgarea acestor informații financiare (...) va aduce atingere intereselor noastre legitime".

SC .....SRL a răspuns la solicitarea Consiliului antemenționată prin adresa nr. 2254/07.08..... înregistrată la CNSC sub nr. 32590/07.08..... în cadrul căruia la fel ca și SC ..... SRL a prezentat simple generalități susținând că „este producător de mixturi asfaltice (...) și de emulsii cationice de bitum (...) dezvăluirea datelor cuprinse în oferta tehnică și oferta financiară ar prejudicia grav interesele legitime ale societății".

La aceste răspunsuri generaliste nici contestatorul și nici intervenientul nu au administrat niciun mijloc de probă prin care să se demonstreze caracterul confidențial al înscrisurilor indicate ca atare și prejudiciul produs urmare a dezvăluirii respectivelor informații.

Analizând răspunsurile SC ..... SRL și SC .....SRL, Consiliul a decis să pună la dispoziția contestatorului care și-a manifestat dorința de a studia dosarul cauzei conform dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, toate documentele aflate la dosar, inclusiv cele declarate confidențiale de aceștia.

Referitor la criticile cu privire la faptul că *„prin clarificările oferite de autoritatea contractantă în etapa evaluării propunerilor financiare, aceasta a impus tuturor operatorilor economici însușirea unor articole aferente materialelor, manoperei etc. a căror valoare urma să fie identică pentru toți ofertanții"* Consiliul urmează să le respingă ca inadmisibile având în vedere următoarele aspecte:

La data de 17.07..... a formulat notificarea nr. 5325/17.07..... înregistrată la autoritatea contractantă sub nr. 14302/20.07..... prin care solicita printre altele: „(...) anularea procedurii de atribuire, pe motiv că prin clarificările oferite de dvs. în etapa evaluării propunerilor financiare, ați impus tuturor operatorilor economici însușirea unor articole aferente materialelor, manoperei etc. a căror valoare urma să fie identică pentru toți ofertanții".

Ca aspect preliminar, Consiliul constată că societatea contestatoare a luat cunoștință despre conținutul clarificării nr. 13594/06.07..... contestate, încă de la data de 06.07....., acesta alegând să răspundă prin adresa nr. 5128/11.07..... înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13594/11.07....., astfel cum rezultă și din procesul verbal de evaluare nr. 13905/12.07.....

În speță contestatorul a stat în pasivitate cca. 11 de zile, până la formularea Notificării prealabile, prin care a solicitat autorității contractante printre altele: *„(...) anularea procedurii de atribuire, pe motiv că prin clarificările oferite de dvs. în etapa evaluării propunerilor financiare, ați impus tuturor operatorilor economici însușirea unor articole aferente materialelor, manoperei etc. a căror valoare urma să fie identică pentru toți ofertanții”.*

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

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

În aceste condiții, Consiliul va verifica cu precădere îndeplinirea condiției prevăzute de dispozițiile legale antemenționate deoarece, dacă nu sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate, de notificare prealabilă a autorității contractante în termenul legal și de așteptare a răspunsului la acesta, transmis de către autoritatea contractantă, Consiliul va respinge contestația pe calea excepției, fără să cerceteze pe fond motivele acesteia.

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

În cazul în care Consiliul învestit cu o contestație, constată neîndeplinirea obligației stabilită în sarcina sa, de a notifica prealabil autoritatea contractantă în termenul legal, va respinge contestația ca inadmisibilă potrivit art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Având în vedere faptul că SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL a investit Consiliul cu soluționarea contestației nr. ...../..... înregistrată la CNSC sub nr. ...../....., notificarea autorității contractante fiind formulată la data de 17.07..... prin care contestă clarificarea nr. 13594/06.07..... prin care „autoritatea contractantă a impus tuturor operatorilor economici însușirea unor articole aferente materialelor, manoperei etc. a căror valoare urma să fie identică pentru toți ofertanții”, Consiliul constată că acesta nu a respectat termenul legal de formulare a notificării prealabile, termen care începe să curgă, conform art. 6 alin. (1), lit. b) din Legea nr. 101/2016: „b) 5 zile, începând cu

ziua următoare luării la cunoștință despre actul autorității contractante considerat nelegal, în cazul în care valoarea estimată a procedurii de achiziție publică sau de concesiune este mai mică decât pragurile valorice în raport cu care este obligatorie transmiterea spre publicare către Jurnalul Oficial al Uniunii Europene a anunțurilor de participare, potrivit legislației privind achizițiile publice, legislației privind achizițiile sectoriale sau legislației privind concesiunile de lucrări și concesiunile de servicii", valoarea estimată fiind sub pragul reglementat de art. 7 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Față de aceste aspecte, se constată că, în speță, notificarea prealabilă cu privire la această clarificare a fost transmisă de către SC ..... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ..... SRL - SC ..... SRL, fără a fi respectat termenul legal reglementat de art. 6 din Legea nr. 101/2016.

Dacă contestatorul ar fi fost diligent și prudent, ar fi putut din vreme să-și conserve dreptul la contestație, astfel încât să permită apoi jurisdicției Consiliului să poată analiza pe fond aceste critici din cadrul contestației.

Operatorul economic cunoștea aspectele reclamate cu privire la clarificarea contestată, încă de la data de 06.07..... și trebuia să manifeste o minimă diligență și să atace în termenul legal actul contestat.

Referitor la criticile formulate de contestator cu privire la refuzul autorității contractante de a solicita ofertanților SC ..... SRL și SC .....SRL demonstrarea caracterului integral confidențial prin prezentarea unor dovezi în acest sens, Consiliul urmează să le respingă ca nefondate, având în vedere faptul că prevederile Legii nr. 98/2016 nu impun această obligație în sarcina autorității contractante, ofertanții având doar obligația, potrivit art. 123 din HG nr. 395/2016, de a *„**indica motivat** în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală, în baza legislației aplicabile".*

Demonstrarea caracterului confidențial susținută de către contestator trebuind să fie făcută prin orice mijloc de probă în fața Consiliului potrivit prevederile art. 19 alin. (1) Legea nr. 101/2016 în situația solicitării vreunei părți de a avea acces la documentele dosarului constituit pe rolul Consiliului și nu la autoritatea contractantă.

Mai mult, chiar dacă autoritatea contractantă nu a analizat cu maximă rigurozitate existența sau nu a motivării caracterului confidențial al informațiilor considerate ca fiind confidențiale din cadrul declarațiilor depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL, prin accesul la dosarul constitut pe rolul Consiliului, această critică a rămas fără obiect; obligarea, în acest moment a autorității contractante de a analiza existența sau nu a motivării caracterului confidențial fiind inutilă.

Referitor la criticile formulate de contestator cu privire la ofertele depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL în cadrul contestației și a concluziilor scrise Consiliul urmează să le respingă ca nefondate având în vedere următoarele aspecte:

Cu privire la criticile cu privire la nerespectarea modelelor de formulare formularul de ofertă, formularul F1 și F2 depuse de SC ..... SRL, Consiliul constată că, întrucât acestea cuprind toate informațiile solicitate de către autoritatea contractantă, sancțiunea respingerii acestei oferte ar fi fost excesivă și disproporționată.

Cu privire la criticile contestatorul referitoare la faptul că propunerile financiare depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL nu respectă documentația de atribuire, respectiv cerința „Informații privind performantele și costurile implicate cu utilajele sau echipamente de lucru cuprinse în oferta (în special pentru utilajele/echipamentele de lucru închiriate)" Consiliul reține faptul că autoritatea contractantă în mod corect a solicitat acestor ofertanți clarificări prin adresele nr. 12920/26.06..... și nr. 12919/26.06..... având în vedere următoarele aspecte:

- prin clarificările antemenționate, autoritatea contractantă a solicitat justificarea prețului ofertat, potrivit art. 136 sin HG nr. 395/2016, aceasta neaducând niciun avantaj niciunui operator economic.
- nici în cadrul fișei de date a achiziției și nici în cadrul clarificărilor autoritatea contractantă nu menționează în mod expres faptul că operatorii economici trebuie să depună înscrisuri doveditoare pentru justificarea prețului sau a costurilor ci doar să prezinte informații și explicații.

În speță sunt incidente următoarele prevederi legale

- art. 134 din HG nr. 395/2016 prevede în mod expre „***Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt*** *clarificările și* ***completările formale*** *sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia*";
- art. 209 din Legea nr. 98/2016 „*În cazul în care* ***informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete*** *sau eronate sau* ***în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita*** *într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz,* ***completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor*** *sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței.*

  (2) Autoritatea contractantă ***nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant****/candidat*".

Astfel, prin prezentarea ulterioară a informațiilor cu privire la costurile utilajelor urmare a solicitărilor de clarificări, operatorii economici contestați, respectiv SC ..... SRL și SC .....SRL nu și-au modificat propunerile financiare, sub niciun aspect, solicitările nu au fost de natură să le aducă vreun avantaj, ci doar au detaliat elementele componente ale costurilor utilajelor care se regăseau în formularele F8 din cadrul propunerilor lor financiare (pag. 39 din propunerea financiară depusă de SC ..... SRL și pag. 47 din propunerea financiară depusă de SC .....SRL), lipsa detalierii acestor costuri nefiind sancționată cu excluderea ofertanților din procedura de atribuire.

CJUE în cauza C-336/12 a reținut la pct. 22 că „*Instanța de trimitere menționează de asemenea că Decretul nr. 712 din 15 iunie 2011, care a înlocuit Decretul nr. 937/2004 de la 1 iulie 2011, conține un articol 12 care permite în principiu autorității contractante care a primit oferte sau candidaturi neconforme* ***cu cerințele formale*** *menționate în documentele contractului, de exemplu din cauza unor documente sau a unor informații care lipseau,* ***să nu le înlăture în măsura în care respectă principiul egalității de tratament***”.

În cadrul Hotărârii din 29 martie 2012, SAG ELV Slovensko și alții, C-599/10 „*Curtea a precizat însă că articolul 2 din Directiva 2004/18 nu se opune ca datele referitoare la ofertă să poată fi corectate sau completate punctual, în special întrucât necesită în mod vădit o simplă clarificare sau pentru a înlătura erori materiale evidente (punctul 40).*

Curtea a formulat în această hotărâre anumite cerințe care delimitează această posibilitate de a solicita în scris ofertanților o clarificare a ofertei lor.

Mai întâi, o cerere de clarificare a unei oferte, care poate interveni numai după ce autoritatea contractantă a luat cunoștință de ansamblul ofertelor, trebuie, în principiu, adresată în mod echivalent tuturor ofertanților care se află în aceeași situație (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctele 42 și 43).

În continuare, cererea trebuie să privească toate punctele ofertei care impun o clarificare (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 44).

În plus, această cerere nu poate conduce la prezentarea de către un anumit ofertant a ceea ce în realitate ar fi o nouă ofertă (a se vedea în acest sens Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 40).

În sfârșit, în general, în cadrul exercitării puterii de apreciere de care dispune în ceea ce privește posibilitatea de a solicita candidaților să își clarifice oferta, autoritatea contractantă trebuie să trateze candidații în mod egal și loial, astfel încât să nu se poată considera, la finalizarea procedurii de selecție a ofertelor și în raport cu rezultatul acesteia, că solicitarea de clarificare a favorizat sau a defavorizat nejustificat candidatul sau candidații cărora le a fost adresată (Hotărârea SAG ELV Slovensko și alții, citată anterior, punctul 41)”.

Curtea a reținut în cauza c-599/10 la pct 31 că *„efectul util al articolului 55 alineatul (1) din Directiva 2004/18 implică faptul că revine autorității contractante sarcina de a formula clar solicitarea adresată candidaților în cauză pentru a i pune pe aceștia în măsură să justifice deplin și util caracterul serios al ofertelor lor”.*

Referitor la criticile cu privire la materialele omise și cele puse în plus, din cadrul ofertelor depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL reținute de către contestatoare, Consiliul urmează să le admită având în vedere următoarele aspecte:

- autoritatea contractantă în cadrul caietului de sarcini a anexat doar formularele F1, F2 și F3
- analizând lista cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect C6cp depusă de SC ..... SRL și de SC .....SRL se poate observa că există diferențe de materiale în plus/în minus față de cele indicate în listele cuprinzând cantitățile de lucrări – F3
- cu titlu de exemplu Consiliul reține verificând liste de cantități – Borduri, trotuare și acces persoane cu dizabilități depusă de SC ..... SRL (pag. 21 din propunerea financiară depusă de SC ..... SRL) faptul să respectă întocmai cantitățile puse la dispoziție de către autoritatea contractantă anexate caietului de sarcini, însă la a 7-a poziție acest operator economic a menționat *„1.L – 2100945 – Beton de ciment B150 stas 3622 – mc 72,180*” în condițiile în care în cadrul caietului de sarcini la pag. 12 autoritatea contractantă a menționat în mod expres *„Structura trotuare*
    - *4 cm BA8 (EB rul 70/90 beton asfaltic, în strat de uzură*
    - *10 cm* ***beton de ciment C16/20***
    - *10 cm balast*”

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă avea obligația de a aplica prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016 în sensul de a solicita clarificări ofertanților cu privire la aceste omisiuni și de a verifica răspunsurile acestora prin raportare la prevederile alin. (7), (8), (9) și (10) ale aceluiași articol.

În speță, Consiliul constată că evaluarea propunerilor tehnice nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de lege, comisia de evaluare reținând în mod simplist în cadrul procesului de evaluare nr. 12908/26.06..... faptul că „în urma analizei propunerilor tehnice depuse de către operatorii economici a căror ofertă a fost declarată admisibilă până la această etapă, comisia de evaluare a constatat faptul că SC .....SRL, SC ..... SRL asocierea SC ..... SRL - SC ..... SRL și SC ..... SRL respectă cerințele tehnice cuprinse în documentația de atribuire și documentația tehnică, anexă la aceasta”, autoritatea contractantă neverificând ulterior dacă propunerea tehnică este în concordanță cu listele de cantități depuse în cadrul propunerii financiare.

Față de aceste aspecte critica contestatorului este întemeiată urmând a fi admisă.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite în parte contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., respectiv criticile cu privire la materialele omise și cele puse în plus din cadrul ofertelor depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL, va anula raportul procedurii și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor potrivit prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor reținute în prezenta.

În temeiul dispozițiile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondate celelalte critici.

Pentru aceste motive
în baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Admite în parte contestația depusă de SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., respectiv criticile cu privire la materialele omise și cele puse în plus din cadrul ofertelor depuse de SC ..... SRL și SC .....SRL, anulează raportul procedurii și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor potrivit prevederilor legale, a documentației de atribuire și a celor reținute în prezenta.

Respinge ca nefondate celelalte critici.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

Consilier de soluționare	PREȘEDINTE	Consilier de soluționare
.....	.....	.....

Redactată în 4 (patru) exemplare originale, conține 15 (cincisprezece) pagini.