



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, C.P. 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, 021 8900 745 www.cnscl.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. 29263/27.09.2016 și nr. 29912/03.10.2016 contestațiile înaintate de ..., în numele Asocierii ... respectiv ..., formulate împotriva rezultatului procedurii de atribuire prin „licitație deschisă”, organizată de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în vederea semnării unui acord cadru, având ca obiect: „...”, inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr.

Prin contestația nr. 4690/27.09.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29263/27.09.2016, ..., cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF ..., reprezentată legal prin ... – administrator și convențional prin ..., cu sediul în ..., în numele Asocierii ... atacă rezultatul procedurii de atribuire pentru *Lotul 4* – ..., comunicat cu adresa nr. 22246/16.09.2016, emisă de ..., solicitând Consiliului:

- în principal, anularea Comunicării rezultatului de procedură nr. 22246/16.09.2016 și a tuturor actelor subsecvente sau anterioare, constatarea caracterului conform al ofertei sale și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de evaluare cu includerea ofertei sale și cu respectarea soluției care va fi pronunțată cu privire la prezenta contestație și a criteriului de evaluare stabilit prin documentația de atribuire;

- în subsidiar, anularea Comunicării rezultatului de procedură cu nr. 22246/16.09.2016 și revenirea asupra declarării ca neconforme a ofertei sale și obligarea autorității contractante la continuarea procedurii prin reevaluarea ofertelor prezentate, cu respectarea soluției care va fi pronunțată cu privire la prezenta contestație și a criteriului de evaluare stabilit prin documentația de atribuire.

Prin contestația nr. 1224/03.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 29912/03.10.2016, SC ...,

cu sediul social în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. J52/173/2015, având CUI RO34271730, reprezentată legal prin ... – administrator, cu sediul ales la ..., din ..., reprezentată convențional de ..., atacă rezultatul procedurii de atribuire pentru *Lotul 3* – ..., comunicat cu adresa nr. 22242/16.09.2016, emisă de ..., solicitând Consiliului să dispună:

- anularea deciziei prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, comunicată prin adresa nr. 22242/16.09.2016;

- anularea adresei prin care a fost declarată câștigătoare oferta depusă de Asocieria ...;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale de la etapa verificării admisibilității acesteia;

- anularea raportului procedurii și a actelor subsecvente acestuia,

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 30221/06.10.2016, ..., ofertantul declarat câștigător la *Lotul 4*, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – administrator, a înaintat Consiliului o cerere de intervenție în interes propriu, prin care solicită Consiliului să dispună:

- admiterea în principiu a prezentei cereri de intervenție, în principal ca intervenție principală și, în subsidiar, ca intervenție în interesul autorității contractante;

- respingerea contestației formulate de ..., în parte ca inadmisibilă și, în rest, ca nefondată;

- obligarea contestatoarei la suportarea cheltuielilor de judecată.

Pentru soluționarea unitară a contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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 contestațiile de față, prin care ... și ... critică rezultatul procedurii de atribuire.

Prin contestația nr. 4690/27.09.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 29263/27.09.2016, ..., în numele în numele ASOCIERII ... atacă rezultatul procedurii de atribuire pentru *Lotul 4* ..., comunicat cu adresa nr. 22246/16.09.2016, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

După ce face un scurt istoric al modului de derulare a procedurii, contestatoarea arată că, prin adresa nr. 22246/16.09.2016, i-au fost comunicate următoarele:

- în temeiul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, oferta sa a fost considerată neconformă, întrucât prin răspunsul la solicitarea de clarificare a modificat tarifele de deplasare din cadrul Anexei 2C pentru Autobasculante (ATB), de la 3 lei/km la 2,25 lei/km și Trailer-remorcher, de la 0 lei/km la 2,25 lei/km;

- oferta câștigătoare aparținând ..., cu o propunere financiară de 37.498.371,41 lei, fără TVA.

În conformitate cu art. 6 din Legea nr. 101/2016, precizează că a formulat notificare prealabilă de remediere, pe care a transmis-o prin fax și email în data de 21.09.2016 și a depus-o direct la autoritatea contractantă unde a fost înregistrată cu nr. 22574/21.09.2016.

Prin adresa nr. 23011/26.09.2016, autoritatea contractantă a răspuns asocierii contestatoare că își menține decizia anterioară și nu va adopta nicio măsură de remediere, fără a se oferi nici un motiv de fapt sau de drept pentru care a respins notificarea prealabilă.

Contestatoarea apreciază că, prin raportare la momentul demarării prezentei proceduri de achiziție publică, marcat prin Anunțul de participare publicat în SEAP cu nr. 168426/24.05.2016, pe fond sunt incidente prevederile OUG nr. 34/2006, menționând că dispozițiile Legii nr. 98/2016 nu sunt aplicabile în prezenta procedură de achiziție publică, întrucât a intrat în vigoare la 26.05.2016, după începerea acestei proceduri de achiziție publică, iar normele tranzitorii statuează în mod expres acest fapt (art. 236 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016). Prin urmare, susține că, deoarece observațiile sale vizează un act emis la 16.09.2016, toate mijloacele procedurale și căile de atac sunt guvernate de prevederile Legii nr. 101/2016.

În opinia sa, prin comunicarea rezultatului procedurii, s-a realizat o interpretare eronată a prevederilor legale invocate, decizia autorității contractante de declarare ca neconformă a ofertei sale fiind făcută cu încălcarea legii.

După ce amintește că legiuitorul sancționează ca neconformă în mod exclusiv situația în care răspunsurile prin care un ofertant își modifică oferta financiară, privită ca elementul în funcție de care se dispune atribuirea contractului, contestatoarea apreciază că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nu a modificat propunerea financiară, în speță, fiind doar clarificate unele elemente componente ale acesteia, prin simpla rectificare a unei erori materiale strecurată în formularul de la Anexa 2C, fără a realiza niciun fel de modificare nici asupra valorii elementului component, categoria „Dislocare auto utilaje” și, în mod cert, fără a modifica valoarea de ansamblu a ofertei sale.

Practic, elementul esențial în atribuirea contractului în prezenta procedură, l-a reprezentat valoarea maximă generală a ofertei, aspect care determină oferta câștigătoare, astfel cum rezultă cu claritate din întreaga documentație de atribuire (secțiunea IV.2.1. din Fișa de date a achiziției și secțiunea 6 din Caietul de sarcini), iar la secțiunea IV.2.1.) se prevede criteriul de atribuire ca fiind „prețul cel mai scăzut”.

Concluzia este întărită și de faptul că valoarea estimată a Lotului 4 a fost determinată tot global, astfel încât este clar că oferta financiară, în funcție de care se va aprecia atribuirea contractului, era reprezentată de

valoarea totală, aprecierea globală asupra tuturor costurilor pe care le presupune activitatea de dezăpezire.

În acest sens, consideră că, în înțelesul dispozițiilor art. 3 lit. t) din OUG nr. 34/2006, oferta globală este cea care cuprinde informațiile cu privire la preț, tarif, alte condiții financiare și comerciale corespunzătoare satisfacerii cerințelor solicitate prin documentația de atribuire, susținând că o interpretare contrară ar presupune încălcarea, de către autoritatea contractantă, a prevederilor art. 197 din OUG nr. 34/2006.

Astfel, dacă ar interpreta autoritatea contractantă faptul că prin corectarea unei erori materiale care privea doar unele elemente componente ale ofertei financiare, fără a modifica cuantumul total al ofertei (criteriul de atribuire), atunci aceasta ar modifica implicit criteriile de atribuire stabilite la începutul procedurii, dând eficiență doar unor elemente minore și transformându-le practic în criteriu de atribuire cu încălcarea prevederilor corespunzătoare din OUG nr. 34/2006.

Concluzionând, ideea esențială este că oferta financiară consemna valoarea totală, criteriul de atribuire fiind prețul cel mai scăzut raportat la suma totală, iar legea sancționa modificarea ofertei financiare, ceea ce în speță nu s-a întâmplat, din moment ce și după transmiterea răspunsului la solicitarea de clarificare, atât valoarea totală, cât și pe secțiuni, a rămas neschimbată.

În esență, contestatoarea arată că, dintr-o eroare materială, nu a completat căsuța din tabelul de la Anexa 2C, reprezentând „Dislocări auto utilaje” aferentă prețului pe km pentru categoria trailer+remorcă „TRAI+REM”, subliniind că, datorită sistemului automat de calcul implementat în tabelul din ofertă, acesta a generat un tarif de deplasare minim și maxim de 0 lei/km, ca urmare a lipsei unei valori în secțiunea de la rândul 4, coloana 5. Astfel că, la solicitarea de clarificări a autorității contractante, descoperind eroarea materială strecurată, a completat și această secțiune cu o valoare.

În acest sens, arată că, pentru a nu modifica în niciun fel valorile minime și maxime, nici în oferta financiară (prețul total), nici în secțiunea totalului de dislocări și nici în subsecțiunea prețului de deplasare, a fost nevoită, ca urmare a introducerii unei valori pentru costul pe km al trailerului, să opereze o modificare aritmetică în costul pe km al autobasculantelor. Prin urmare, a corectat eroarea materială strecurată în acel tabel, într-un mod care să garanteze că oferta financiară nu va suferi niciun fel de modificare, dând dovadă de bună credință și respectând în totalitate prevederile legale, aspect care reiese comparând oferta financiară a sa atât înainte de răspunsul la solicitarea de clarificare, cât și după. Valoarea totală a ofertei, în funcție de care se atribuia contractul, a rămas neschimbată: 29.202.480 lei, fără TVA, rămânând neschimbate și valorile minime și maxime ale costului cu dislocarea auto a utilajelor de 28.500 lei (minim)/43.440 lei (maxim).

Justificarea în apărarea afirmațiilor sale este următoarea: „inițial, din eroare, pe rândul „TRAI+REM”, coloana cuprinzând costul lei/km a rămas necompletată. Din acest motiv, coloanele aferente valorii „deplasării lei fără tva” min, respectiv max au rămas înregistrate cu valorile 0. Valoarea totală a deplasării a fost min/max 4500/4500. Valorile pentru staționare au

fost min/max=1200/1200. Totalul valoric al dislocării min/max fiind de 5700/5700. În anexa 2C, la solicitarea de clarificări a Autorității, diferența a făcut-o completarea integrală a tabelului, cu corectarea erorii materiale și, mai important, cu respectarea valorilor din ofertă comunicate Autorității, mai ales a criteriului de atribuire, valoarea totală. Pentru a se putea realiza atât completarea integrală a tabelului și corectarea erorii materiale, cât și nemodificarea ofertei, tabelul a fost completat de data aceasta cu tariful de 2,25 lei/km atât pentru ATB cât și TRAI+REM rezultând o valoare a deplasării(lei fără TVA) de 3375, respectiv 1125, păstrându-se astfel neschimbat totalul pentru deplasare min/max de 4500 lei. Tarifele pentru staționare au rămas neschimbate - 1200 lei - astfel încât și totalul inițial de 5700 lei a rămas același.”

Contestatoarea susține că, atâta timp cât nu a fost modificată propunerea financiară sub aspectul totalului și al elementelor sale componente, nu poate fi respinsă ca neconformă oferta sa, îndreptarea erorilor material vizând chestiuni de mică importanță, în acest sens pronunțându-se și Consiliul prin Deciziile nr. 244/2016 sau nr. 555/ 2016.

Astfel, arată că, prin raportare la valorile maxime, valoarea totală a ofertei a fost de 29.202.480 lei, iar valoarea totală maximă a tarifelor de deplasare a fost de 36.000 lei, adică un procent de aproximativ 0,1%, subliniind că această pondere insignifiantă este raportată la valoarea integrală a sub-categoriei, iar dacă s-ar avea în vedere doar diferențele pe costurile/km pentru ATB, respectiv TRAI+REM, atunci s-ar ajunge la valori mult sub inclusiv nivelul marjelor de eroare.

Contestatoarea precizează că aceste costuri vizau operațiuni punctuale auxiliare obiectului principal al contractului, iar în practică, arareori se percep vreodată în mod efectiv pe perioada derulării activităților de dezăpezire - obiectul principal al contractului, menționând că dislocarea presupune mutarea utilajelor de la o secție la alta sau într-o altă regională în cazuri excepționale cu cod roșu sau portocaliu atunci când în zonele respective este nevoie de utilaje suplimentare față de cele existente conform contractului. De fapt, în anii 2015-2016, a avut contract pentru dezăpezire, direct cu ... și nu a fost nevoie să se facă nicio dislocare cu auto remorcher + trailer, ceea ce, în practică, dovedește raritatea acestor evenimente.

... face aceste precizări și în considerarea vastei experiențe pe care o deține în acest domeniu, societatea activând în domeniul dezăpezirii încă din anul 2003 și putând să certifice pe mai departe faptul că activarea acestui cost reprezintă un element de excepție care se produce cu deosebită raritate.

În aceste condiții, consideră că sancțiunea aplicată de autoritatea contractantă este vădit disproporționată, aspect reținut și de către CNSC, în Ghidul de bune practici (fila 131 pct. 1). În opinia sa, oferta sa trebuia să fie desemnată drept câștigătoare, decizia autorității contractante încălcând principiile care guvernează achizițiile publice, subliniind că respingerea, ca neconformă, a ofertei contestatoarei a fost făcută cu încălcarea principiilor reglementate de art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, cu precădere cele ale proporționalității și eficienței utilizării fondurilor.

În ceea ce privește principiul proporționalității, contestatoarea amintește decizia civilă nr. 282/CA din 12 septembrie 2013 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, reținută de CNSC în Decizia nr. 244/2016, prin care, practic, pe lângă a da eficiență principiului proporționalității, instanța face o corectă trimitere la un alt principiu esențial, respectiv principiul eficienței în utilizarea fondurilor publice. Și în Ghidul de bune practici al CNSC, la fila 132, se reține că: „Față de abaterea săvârșită de contestatoare, respectiv includerea sumei aferentă organizării de șantier în alt capitol, măsura respingerii ofertei a fost disproportională, din moment ce nu se putea reține realizarea unui calcul incorect în ceea ce privește suma aferentă cheltuielilor diverse și neprevăzute, fiind întemeiată contestația depusă.”

De asemenea, menționează că autoritatea contractantă a încălcat principiul proporționalității ofertei, deoarece propunerea sa financiară este cu aproximativ 8.000.000 lei mai avantajoasă decât oferta desemnată câștigătoare, subliniind că adresa nr. 23011/26.09.2016, prin care s-a respins notificarea sa prealabilă, este total nemotivată, autoritatea contractantă răspunzând telegrafic fără a indica în concret vreun motiv de fapt și de drept.

Contestatoarea solicită acces la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 23649/03.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 29916/03.10.2016, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de ..., în numele Asocierii ... solicitând Consiliului respingerea acesteia ca fiind neîntemeiată.

După ce face un scurt istoric al modului de derulare a procedurii de achiziție, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu Raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016, comisia de evaluare a considerat că oferta Asocierii ... este neconformă, potrivit art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006 și respectiv respinsă în baza art. 81 din același act normativ, deoarece, prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, contestatoarea a modificat propunerea financiară depusă inițial, respectiv a modificat tarifele de deplasare din cadrul Apexei 2C pentru: Autobasculante (ATB) de la 3 lei/km la 2,25 lei/km; Trailer + remorcher de la 0 lei/km la 2,25 lei/km. Analiza propunerii financiare depusă de contestatoare a fost consemnată în Procesele verbale intermediare nr. 6/21498/07.09.2016 și nr. 7/21925/13.09.2016.

După ce enumeră aspectele care au stat la baza analizei financiare a ofertelor, autoritatea contractantă precizează că, raportat la propunerea financiară a asocierii contestatoare, comisia de evaluare a constatat următoarele:

1. Anexa 2 nu este prezentată în forma prevăzută în caietul de sarcini, motiv pentru care, prin adresa nr. SAPAT 1823/07.09.2016, a solicitat contestatoarei prezentarea Anexei 2 cu respectarea modelului din cadrul documentației de atribuire.

Contestatoarea a răspuns, prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, precizând că depune Anexa 2B în forma prevăzută în caietul de sarcini.

Comisia de evaluare a constatat că, în fapt, contestatoarea nu a prezentat Anexa 2, așa cum i se solicitase, astfel că a revenit cu o nouă solicitare în acest sens.

2. În Anexa 2B Maxim aferentă anului 2016, pentru 2 poziții, respectiv poz. 5 Tractor de mare capacitate – baza de munte (la cerere) și poziția 10 Încărcător frontal – baza, numărul orelor de acționare diferă de cele prevăzute în Anexele 2B din cadrul caietului de sarcini, astfel că, prin adresa nr. SAPAT 823/07.09.2016, comisia de evaluare a solicitat contestatoarei să clarifice cele constatate.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, precizând că depune formularul Anexa 2B Maxim aferent anului 2016, în care, dintr-o greșeală de redactare, la poz. 5 și poz.10, în loc de cifra 8, s-a trecut cifra 6 și invers.

Comisia de evaluare a verificat Anexa 2B Maxim aferentă anului 2016 și a constatat că a fost modificat numărul orelor de acționare conform celor prevăzute în Anexele 2B din cadrul caietului de sarcini, dar s-a constatat că totalul aferent celor 2 poziții, și respectiv totalul anexei nu a fost modificat, respectiv recalculat.

Având în vedere cele constatate, comisia de evaluare a revenit cu o nouă solicitare, în acest sens.

3. În anexele 2B nu sunt evidențiate totalurile aferente coloanelor ce se însumează.

Astfel, prin adresa nr. SAPAT 1823/07.09.2016, comisia de evaluare a solicitat prezentarea Anexelor 2B, cu evidențierea totalurilor aferente fiecărei coloane ce se însumează.

Contestatoarea a răspuns prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, precizând că depune Anexele 2B, respectând formularul din caietul de sarcini.

Comisia de evaluare a constatat că au fost prezentate Anexele 2B cu evidențierea totalurilor aferente fiecărei coloane.

4. În Anexele 2C, la poz. TRAILER+REMORCHER nu există tarif de deplasare pentru orele de deplasare, astfel nu este cuantificat valoric acest autoutilaj. Prin adresa nr. SAPAT 1823/07.09.2016, comisia de evaluare a solicitat să clarifice situația.

Prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, contestatoarea a răspuns că depune Anexele 2C cu tarif de deplasare pentru orele de staționare pentru ATB și Trailer + remorcher.

Autoritatea contractantă arată că, analizând răspunsul dat, a constatat că, în cadrul Anexei 2C, contestatoarea a adăugat tariful de 2,25 lei/km pentru Trailer+remorcher, tarif ce nu fusese inițial declarat, modificând totodată și tariful declarat inițial pentru Autobasculantă (ATB), acesta devenind 2,25 lei/km, față de 3 lei/km declarat în Anexa 2C depusă inițial în propunerea financiară, susținând că a fost modificată propunerea financiară prezentată inițial.

Autoritatea contractantă menționează că, deși prin modificările făcute totalul Anexei 2C nu s-a modificat, comisia de evaluare a considerat că modificările de tarife efectuate de contestatoare se încadrează în

prevederile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, declarând oferta ca fiind neconformă.

5. Constatând că prețul ofertat, în cuantum de 29.202.480 lei, fără TVA (pentru cantitățile maxime ale acordului cadru), se încadrează în prevederile art. 202 din OUG nr. 34/2006, prin adresa nr. SAPAT 1823/07.09.2016, autoritatea contractantă menționează că a solicitat contestatoarei să justifice prețul ofertat, respectiv să justifice tarifele unitare declarate de acesta în cadrul anexelor 2B și 2C, cu respectarea prevederilor pct. 4.2 din caietul de sarcini și în conformitate cu art. 361 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

Prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la ... cu nr. 21780/12.09.2016, contestatoarea a prezentat elementele constitutive ale tarifelor de acționare și staționare, iar pentru auto-utilajele închiriate a depus contractele de închiriere.

Analizând justificarea tarifelor prezentată de contestatoare, susține că membrii comisiei de evaluare au constatat următoarele: tariful acționare Dislocări autoutilaje - Anexa 2C - prezintă elementele constitutive exprimate în unitatea de măsură "lei/oră", iar tariful total are ca unitate de măsură "lei/km"; elementul constitutiv "salarii lei/oră" în cadrul tarifelor de acționare este cuantificat la valoarea de 10,29, iar în cadrul tarifelor de staționare la valoarea de 20,58.

Deoarece oferta contestatoarei a fost declarată neconformă, în conformitate cu prevederile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, subliniază că a hotărât să nu mai solicite noi clarificări cu privire la aspectele consemnate mai sus.

Revenind la motivul respingerii ofertei, autoritatea contractantă apreciază că, la cererea comisiei de evaluare, contestatoarea a răspuns depunând o altă Anexă 2C, fără a considera că s-a produs o eroare, fie ea materială sau viciu de formă, așa cum o consideră în cadrul contestației formulate. În opinia sa, contestatoarea nu și-a asumat oferta depusă inițial, ci a modificat-o în așa fel încât să nu modifice valoarea totală ofertată.

În acest sens, arată că valoarea finală ofertată se obține prin însumarea totalurilor aferente Anexelor 2B și 2C, anexate Formularului de ofertă depus odată cu oferta, respectiv până la data limită de 19.07.2016, ora 10.00, considerând că afirmațiile contestatoarei cu privire la "prețul global" nu sunt susținute de prevederile documentației de atribuire, în sensul că ofertanții nu au licitat un preț global, ci valoarea totală a serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă pentru perioada 2016-2020, conform Anexei 2 la caietul de sarcini, aferentă fiecărui lot în parte, conform pct. IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare din cadrul fișei de date.

Totodată, precizează că, înainte de a lua decizia de încadrare a ofertei contestatoarei în prevederile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare a verificat dacă există cumva posibilitatea de a-i încadra răspunsul dat prin adresa nr. 141/12.09.2016 în situația prevăzută la art. 80 alin. (2) din același act normativ. Urmare acestei analize, comisia de evaluare a considerat că nu sunt aplicabile situațiile prevăzute la art. 80 din HG nr. 925/2006, motiv pentru care însăși contestatoarea nu a invocat

niciuna din prevederile articolului respectiv în răspunsul dat prin adresa nr. 141/12.09.2016, ci s-a limitat la a înlocui Anexa 2C, fără alte explicații.

În decizia luată cu privire la oferta contestatoarei, comisia de evaluare a avut în vedere respectarea principiului tratamentului egal, astfel cum este definit în cadrul Manualului Operațional pentru Atribuirea Contractelor de Achiziție Publică (Vol I 2009) publicat de ANRMAP.

Invocând prevederile art. 82 alin. (1) și (4) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă consideră că nici susținerea contestatoarei cu privire la încălcarea principiului utilizării eficiente a fondurilor publice nu este întemeiată, stabilirea ofertei câștigătoare fiind făcută dintre ofertele considerate admise, iar valoarea ofertei declarată câștigătoare se încadrează în valoarea estimată a procedurii.

Prin contestația nr. 1224/03.10.2016, înregistrată la CNSC sub nr. 29912/03.10.2016, ... atacă rezultatul procedurii de atribuire pentru Lotul 3 - ..., comunicat cu adresa nr. 22242/16.09.2016, emisă de ..., în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, prin adresa nr. 22242/16.09.2016, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul procedurii, potrivit căruia oferta sa a fost respinsă ca inacceptabilă, considerând că această decizie este nelegală.

În susținerea deciziei de respingere a ofertei sale ca inacceptabilă, autoritatea contractantă a invocat următoarele: „oferta dvs. nu a fost declarată câștigătoare fiind considerată inacceptabilă (...) deoarece terțul susținător (...) declarat de dumneavoastră se încadrează în prevederile art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006 (actualizată) având în vedere că i s-a emis Documentul constatator nr. 52027/23.06.2016 (23/66011/21.06.2016) urmare a nerespectării termenelor de executare din culpă precum și a neexecutării unor lucrări ce făceau obiectul acordului-cadru, respectiv contractul subsecvent nr. 115/02.09.2015 și anume covor asfaltic cu preluare de denivelări pe DN 6 KM 42+500-KM 47+225 și respectiv respinsă conform art. 81 din cadrul HG nr. 925/2006”.

În opinia sa, susținerile autorității contractante nu țin cont de dispozițiile legale, în speță nefiind incidente dispozițiile art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006, iar abaterile constatate de aceasta, raportat la activitățile prestate de terțul susținător ..., nu au fost de natură a produce grave prejudicii beneficiarului, așa cum prevăd în mod expres dispozițiile legale.

Astfel, în ceea ce privește Contractul subsecvent de lucrări nr. 115/02.09.2015, la care face trimitere autoritatea contractantă, în opinia contestatoarei, rezultă că activitatea desfășurată de ... nu a fost de natură a produce grave prejudicii autorității contractante.

În fapt, penalitățile aplicate de autoritatea contractantă și care se regăsesc în cuprinsul Documentului constatator se raportează doar la o parte din obiectul contractului, ... îndeplinind întocmai obligațiile contractuale aferente lucrărilor privind covoare asfaltice BAR16 cu preluare denivelări și execuție strat de uzură grosime 4 cm (DN ...B - km 18+700-km 22+300, DN5A - km 9+000-km 12+000, DN 5C km 6+870-km 7+245; km 25+100- km 28+950; km 31+000-km 31+100), singurele lucrări cu

privire la care autoritatea contractantă a aplicat penalități fiind cele referitoare la covoare asfaltice BAR16 cu frezori și execuție strat de uzură grosime 4 cm (km 42+500-km 47+225), lucrări cu privire la care terțul susținător a arătat, în toată corespondența purtată cu beneficiarul lucrărilor, că le va executa conform obligațiilor asumate prin contract.

Contestatoarea precizează că valoarea lucrărilor executate corespunzător este de 3.261.024,67 lei, în timp ce valoarea penalităților reprezintă un procent de 0,027% din valoarea întregului contract, susținând că în niciun caz nu este îndeplinită condiția prevăzută de legiuitor referitor la producerea unor prejudicii grave beneficiarului. În opinia sa, faptul că ... a fost sancționată prin aplicarea clauzei privind penalitățile de întârziere nu poate să conducă la concluzia că au fost produse prejudicii grave, subliniind că, în condițiile în care contractul subsecvent nu a fost reziliat de beneficiar, aplicându-se doar penalități de întârziere, în speță nu sunt incidente dispozițiile art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006.

Raportat la Directiva 18/2004/CE în Secțiunea 2 a Capitolului VII la art. 45 - Situația personală a candidatului sau a ofertantului, alin. (2) sunt enumerate criteriile care pot conduce la excluderea ofertanților dintr-o procedură. Mai concret, lit. d) din cuprinsul alineatului respectiv, indică faptul că poate fi exclus de la participarea la un contract un operator economic „care s-a făcut vinovat de o gravă abatere profesională, dovedită prin orice mijloace pe care autoritățile contractante le pot justifica”.

Contestatoarea susține că și din practica CNSC s-a reținut că existența unui document constatatator negativ nu este una suficientă, autoritatea contractantă având obligația să verifice, în considerarea dispozițiilor art. 181 lit. c¹ din ordonanța de urgență, dacă neîndeplinirea corespunzătoare a contractului este imputabilă contestatoarei și dacă aceasta a produs grave prejudicii beneficiarului.

În acest sens, susține că, în speța de față, nu s-a făcut o evaluare riguroasă, autoritatea contractantă limitându-se a arăta faptul că a fost emis un Document constatatator și concluzionând în sensul că oferta este respinsă în temeiul art. 81 din HG nr. 925/2006, menționând că, dacă ar fi fost de bună-credință, aceasta ar fi trebuit să facă o analiză privind istoricul contractelor încheiate cu ..., istoric din care rezultă că în anii 2014 și 2015 au fost încheiate 8 (opt) contracte de achiziție publică toate fiind finalizate la termen și fără nicio obiecție din partea beneficiarului; valoarea totală a acestor lucrări fiind în cuantum de 13.086.686,66 lei.

De asemenea, consideră că se reține în mod vădit greșit în cuprinsul comunicării rezultatului procedurii de atribuire faptul că Documentul constatatator a fost emis „*urmare a nerespectării termenelor de executare din culpă precum și a neexecutării unor lucrări ce făceau obiectul acordului-cadru, respectiv contractul subsecvent nr. 115/02.09.2015*”, precizând că Documentul constatatator a fost emis doar pentru neexecutarea unor lucrări din obiectul contractului cu privire la care terțul susținător a arătat că le va executa conform obligațiilor asumate.

Contestatoarea susține că, din informațiile pe care le deține, și societății ... i-a fost emis un Document constatatator negativ însă, cu toate

acestea, societatea a fost declarată câștigătoare pentru Lotul 3 ..., în asociere cu ... și pentru Lotul 6 ...

Prin urmare, în cazul ..., autoritatea contractantă nu a fost la fel de «riguroasă» ca și în cazul contestatoarei.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30221/06.10.2016, ... a înaintat Consiliului o cerere de intervenție în interes propriu, prin care a solicitat cele menționate în partea introductivă.

... precizează că, urmare a evaluării ofertelor, autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 22248/16.09.2016, prin care i-a comunicat că oferta sa, pentru Lotul 4 ..., a fost desemnată câștigătoare, cu prețul de 37.498.371,41 lei, fără TVA.

Oferta Asocierii ... a fost respinsă ca neconformă în temeiul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, reținându-se că, prin răspunsurile la clarificări, aceasta a modificat conținutul propunerii financiare.

Cu privire la încuviințarea în principiu a prezentei cereri de intervenție, ... a invocat dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 61 din Codul de procedură civilă, precizând că interesul său în promovarea prezentei cereri este justificat de calitatea sa de ofertant declarat câștigător. Ținând cont de faptul că, prin contestația introdusă, contestatoarea solicită anularea rezultatului procedurii și reluarea acesteia din etapa verificării admisibilității ofertei depuse de aceasta, admiterea cererii de intervenție este justificată de interesul său de a-și apăra dreptul dobândit, anume dreptul ofertantului declarat câștigător de a încheia cu autoritatea contractantă contractul de achiziție publică.

Or, o eventuală admitere a contestației depuse ar prejudicia acest drept al său, având în vedere că ar antrena reluarea procedurii dintr-o etapă premergătoare celei în care a fost desemnată câștigătoare.

Chiar dacă apărările aduse prin prezenta cerere sprijină implicit poziția procesuală a autorității contractante, prin cererea de intervenție introdusă, ... tinde exclusiv la prezervarea propriului drept dobândit, justificând astfel un interes actual și legitim, personal și direct Interesul intervenientei care stă la baza cererii formulate constă în evitarea, preîntâmpinarea unui eventual prejudiciu adus prin admiterea contestației.

Raportat la cele mai sus arătate, intervenienta susține că justifică un interes propriu în soluționarea prezentei contestații, respingerea acesteia conferindu-i dreptul de a dobândi calitatea de ofertant câștigător. Pentru acest considerent, solicită calificarea prezentei cereri ca intervenție principală.

În subsidiar, având în vedere că, în ceea ce privește soluționarea prezentei contestații, poziția sa procesuală concordă parțial cu aceea a autorității contractante, intervenienta solicită încuviințarea în principiu a cererii ca intervenție accesorie în interesul autorității contractante.

Pentru a motiva cerere de respingere a contestației formulate de ..., intervenienta argumentează astfel:

1. Petitul privind constatarea caracterului conform al ofertei contestatoarei este inadmisibil, deoarece, așa cum s-a statuat în mod constant și în practica judiciară a Consiliului, constatarea conformității unei

oferte nu poate constitui obiect al contestației, raportat la prevederile art. 255 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, stabilirea conformității ofertelor reprezentând atribuția comisiei de evaluare, potrivit art. 72 din HG nr. 925/2006, Consiliul fiind competent să examineze din punct de vedere al legalității și temeiniciei actele emise în cadrul unei proceduri de atribuire și atacate prin contestație.

Pe de altă parte, observă că ... solicită anularea rezultatului procedurii în privința ofertei sale, cât și a actelor subsecvente și a actelor anterioare acesteia.

Referitor la acest aspect, intervenienta arată că, dacă în privința actelor subsecvente solicitarea este legală, nu înțelege însă solicitarea de anulare a actelor anterioare, nefiindu-i clar la ce acte anterioare se referă contestatoarea, sens în care, în speță, se pune problema unei lipsei de obiect a contestației sub acest aspect. Pe de altă parte, susține că, dacă se referă la solicitările de clarificări transmise în cursul evaluării ofertei, atunci aceste acte trebuiau contestate distinct fiind acte cu individualitate proprie. Or, în speță, contestatoarea, pe de o parte nu a făcut dovada parcurgerii procedurii notificării prealabile față de aceste acte (aspect față de care contestația apare ca inadmisibilă). Pe de altă parte, față de aceste acte "anterioare", cum le numește contestatoarea, contestația este și vădit tardiv formulată, termenul de contestare față de aceste acte începând să curgă de la data comunicării lor către contestatoare.

Se mai observă faptul că, în al doilea petit al contestației, ... solicită „revenirea” asupra deciziei de declarare a ofertei drept neconformă. Din nou, este neclar ce înțelege contestatoarea prin această revenire, însă este cert faptul că, urmare a unei contestații se poate obține anularea actului atacat cu consecința reevaluării ofertei care face obiectul contestației (și nu a tuturor ofertelor așa cum solicită contestatoarea]. Prin urmare, dacă prin această revenire contestatoarea înțelege declararea drept conformă a ofertei sale, atunci și această solicitare este inadmisibilă pentru motivele prezentate anterior.

2. Intervenienta consideră că, în mod legal și temeinic, autoritatea contractantă a respins oferta contestatoarei ca neconformă, în temeiul dispozițiilor art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006. În acest sens, arată că, din cuprinsul contestației reiese că, în oferta inițială, contestatoarea a omis să coteze tariful pentru deplasare, aferent utilajului TRAILER + REMORCHER din Anexa 2C tabelul „Dislocări auto utilaje”. Această omisiune a generat o eroare la nivelul întregii propuneri financiare, din prețul total ofertat lipsind practic tariful pe care contestatoarea a omis să-l ofereze.

Observând această omisiune, autoritatea contractantă, în temeiul art. 201 din OUG nr. 34/2006, a solicitat clarificări, la care contestatoarea a răspuns în felul următor:

- a corectat așa zisa „eroare”, în sensul că a completat tariful lipsă în cuprinsul Anexei 2C;
- apoi, având în vedere că această completare ar fi condus, în mod firesc, la o modificare corespunzătoare a prețului total ofertat, a procedat

la "ajustarea" restului costurilor cuprinse în propunerea financiară, în așa fel încât prețul total să nu se modifice.

De asemenea, menționează că, în cuprinsul contestației se susțin următoarele:

- modificarea operată la nivelul propunerii financiare ar fi reprezentat o îndreptare a unor „erori materiale” și aceasta nu a condus la modificarea prețului total ofertat;

- oricum această „îndreptare a erorilor materiale” a vizat chestiuni de mică importanță în legătură cu oferta;

- oferta contestatoarei trebuia să fie desemnată drept câștigătoare.

Intervenienta arată că, pentru această afirmație, contestatoarea nu aduce niciun argument (cu excepția diferenței de preț dintre oferta sa și oferta ..., chestiune care însă nu susține afirmația contestatoarei decât dacă aceasta ar fi depus o ofertă conformă). Pe de altă parte, în opinia sa, solicitări de acest tip (care privesc declararea drept conformă și/sau câștigătoare) exced competenței Consiliului și nu pot fi analizate în cadrul unei contestații.

Referindu-se la primele 2 argumente ale contestatoarei, intervenienta arată că acestea sunt nefondate deoarece, contrar susținerilor contestatoarei, „ajustările” operate de aceasta în cuprinsul propunerii financiare reprezintă modificări ale ei și nu simple îndreptări de erori materiale, susținând că, pornind de la textul care a reprezentat temeiul excluderii ofertei contestatoarei, se observă că, de principiu, acesta sancționează cu excluderea din procedură *orice modificare a prețului sau a prețurilor cuprinse în propunerea financiară*.

Astfel că, în opinia sa, nu se referă doar la prețul total ofertat ci la oricare dintre prețurile cuprinse în propunerea financiară. Prin urmare, argumentul de bază pe care contestatoarea și-a construit teza din contestație (acela că prețul total nu a suferit modificări) este contrazis de chiar textul legal în baza căruia oferta a fost respinsă, care sancționează cu excluderea și modificările prețurilor unitare, independent de modificarea consecutivă a prețului total.

Pe de altă parte, așa cum rezultă din nou în mod expres din art. 79 alin. (3), singura excepție de la regula neconformității este situația reglementată de dispozițiile art. 80 alin. (2) din același act normativ, considerând că demersul contestatoarei nu este unul de corectare a unei erori aritmetice, și nici măcar de corectare a unei erori materiale (deși acest lucru nu este, oricum, permis de lege), ci este o modificare a propunerii financiare, pe care dispozițiile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006 o sancționează în mod expres cu respingerea ca neconformă a ofertei.

Referitor la practica judiciară pe care contestatoarea o citează în cuprinsul contestației, intervenienta arată că aceasta nu este aplicabilă situației din speță, menținerea prețului total realizându-se într-o manieră pur artificială, prin alterarea „din pix” a celorlalte elemente ale propunerii financiare, ceea ce denotă, printre altele, și un caracter nesustenabil al prețului ofertat de contestatoare.

La fel cum nu se poate veni ulterior datei ofertării cu alte componente de preț, nu se poate veni nici cu alte prețuri la componentele declarate în

propunerea financiară, respectiv cu un conținut schimbat, întrucât se aduce o gravă atingere nu numai principiului tratamentului egal între ofertanți ci și normei exprese a art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006.

În același sens, în practica judiciară a instanțelor s-a statuat că redistribuirea costurilor în cadrul ofertei financiare, indiferent care a fost motivul care a condus la aceasta, nu reprezintă altceva decât o modificare a conținutului ofertei, lucru nepermis de legislația aplicabilă în materia achizițiilor publice tocmai datorită obligativității respectării principiilor instituite prin art. 2 din ordonanță și, mai exact, al principiilor tratamentului egal și transparenței.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei în sensul că „erorile” îndreptate ar reprezenta chestiuni de mică importanță în raport cu oferta, *intervenienta arată că acestea sunt lipsite de relevanță față de motivul de excludere a ofertei ei, precizând că* textul art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006 se referă la modificările propunerii financiare și instituie, ca unică excepție de la această regulă, îndreptarea erorilor aritmetice. În opinia intervenientei, *criteriul impactului valoric asupra propunerii financiare nu are importanță, modificările financiare fiind sancționate indiferent de ponderea lor asupra prețului, iar chestiunea caracterului minor sau major al modificării prezintă importanță doar atunci când se discută despre modificări ale propunerii tehnice.*

În temeiul art. 19 din Legea nr. 101/2016 și art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, ... solicită Consiliului să-i permită accesul la dosarul cauzei.

Prin adresa nr. 24184/07.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30315/07.10.2016, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de ..., solicitând Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată.

După ce face un scurt istoric al modului de derulare a procedurii de atribuire, autoritatea contractantă precizează că, în conformitate cu Raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016, comisia de evaluare a considerat că oferta depusă de ... este inacceptabilă, conform art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, deoarece terțul susținător declarat de contestatoare (...) se încadrează în prevederile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, având în vedere că i s-a emis Documentul constatare nr. 52027/23.06.2016 (23/66011/21.06.2016) urmare a nerespectării termenelor de executare din culpă precum și a neexecutării unor lucrări ce faceau obiectul acordului cadru, respectiv contractului subsecvent nr. 115/02.09.2015 și anume covor asfaltic cu preluare de denivelări pe DN 6 KM 42+500-KM 47+225 și respectiv respinsă conform art. 81 din HG nr. 925/2006. Totodată, s-a menționat că prevederile art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006 sunt aplicabile terțului susținător, în conformitate cu prevederile art. 190 alin. (2) din ordonanță.

Așa cum se menționează în Procesul verbal intermediar nr. 1/18320/27.07.2016, comisia de evaluare a identificat în SEAP existența unui număr de 4 ofertanți/terți susținători, cărora li s-a emis Document constator de neîndeplinire a contractului/refuz semnare contract/reziliere și anume:

- ... - document constator nr. 23829/16.07.2015;

- ... - document constator nr. 33704/26.02.2016;
- ... - document constator nr. 30940/18.01.2016;
- ... - document constator nr. 52027/23.06.2016.

Referitor la Documentul constator nr. 52027/23.06.2016, emis pentru Asocierea ..., autoritatea contractantă arată că a fost întocmit de ...

Astfel, menționează că, la solicitarea de clarificare nr. SAPAT 1766/28.07.2016, ... a răspuns prin adresa nr. 23/66340/ 01.08.2016, înregistrată la secretariatul ... cu nr. 18541/ 01.08.2016, precizând că, în ultimii 2 ani, a derulat contracte cu ... (...), pentru care a fost emis documentul constator nr. 23/66333/29.07.2016, din care reiese că aceasta nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, fiindu-i calculate penalități pentru nerespectarea termenelor de prezentare a auto-utilajelor în bazele de dezăpezire. Totodată, referitor la documentul constator nr. 52027/23.06.2016, ... a adus la cunoștință că se referă la Întreținerea periodică - Covoare asfaltice, ... (...) neîndeplinindu-și obligațiile însușite la semnarea contractului subsecvent (nu a executat covorul asfaltic pe un sector de Drum Național).

În consecință, autoritatea contractantă arată că, prin comisia de evaluare, a procedat la verificarea conținutului Formularului nr. 8 - Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006, în speță lit. c¹) din declarație, constatând că, din cei 4 ofertanți/terți susținători pentru care, la nivel de ..., s-au emis documente constatatoare, un singur ofertant, și anume ..., a precizat, în cadrul Anexei la Declarația inițială privind îndeplinirea criteriilor de calificare, la pct. 2 că: „S-a emis un document constator de către ... care vizează două contracte subsecvente din cadrul Acordului cadru nr. 92/27168/2013 (...) Nu au fost reținute prejudicii grave în sarcina subscrisei (...)”; ceilalți trei ofertanți/terți susținători (... , ... , ...) au declarat că nu se află în situația prevăzută la art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006.

Având în vedere conținutul Formularului nr. 8, cu adresa nr. 1777/08.08.2016, precizează că a solicitat ofertantului ... clarificări cu referire la terțul susținător ..., răspunsul contestatoarei fiind consemnat în Procesul verbal intermediar nr. 4/19986/22.08.2016.

Astfel, ... a răspuns prin adresa nr. 457/11.08.2016, înregistrată la ... cu nr. 19406/11.08.2016, precizând că ... a declarat că nu se află în situația prevăzută la art. 181 lit. c¹) din OUG nr. 34/2006, întrucât nu a fost în situația de a nu-și îndeplini obligațiile contractuale sau să aducă grave prejudicii beneficiarului. Beneficiarul ... a aplicat penalități contractantului ..., întrucât acesta a avut întârzieri la realizarea contractului. Acesta și-a însușit penalitățile și le-a achitat. În concluzie, în opinia sa, ... nu a adus niciun prejudiciu beneficiarului, atâta timp cât a executat lucrările și a plătit penalitățile aferente.

Contestatoarea a anexat răspunsului Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 4072/08.06.2016, de unde reiese admiterea recepției lucrărilor aferente contractului nr. 115/02.09.2015.

De asemenea, în opinia sa, contractul la care face referire autoritatea contractantă, nu face obiectul licitației, deoarece obiectul acesteia este Întreținere pe timp de iarnă, iar comisia de evaluare a solicitat clarificări

cu privire la un contract ce face referire la Covoare asfaltice - lucrări de vară.

Referitor la acest aspect, arată că a apreciat că această susținere nu are relevanță, având în vedere că legiuitorul a stabilit dreptul autorității contractante de a aplica sancțiunea excluderii de la procedura de atribuire pentru îndeplinirea necorespunzătoare a obligațiilor contractuale fără a avea relevanță obiectul contractului.

Astfel, pentru a clarifica motivul pentru care a fost emis documentul constatator nr. 52027/23.06.2016, cu adresa nr. SAPAT 1793/22.08.2016, comisia de evaluare a hotărât să revină cu o solicitare la ..., în vederea transmiterii comenzii/ordinului de începere pentru executarea covorului asfaltic ce nu a fost realizat de către ... (...).

Prin adresa nr. 23/101415/23.08.2016, înregistrată la ... cu nr. 20577/30.08.2016, ... a făcut următoarele precizări:

- Documentul constatator nr. 52027/23.06.2016 a fost emis pentru contractul subsecvent nr. 115/02.09.2015;

- Procesul verbal de recepție la terminarea lucrărilor nr. 4072/08.06.2015 se referă doar la lucrările de covoare asfaltice executate de ... (...) și nu se referă la toate lucrările contractate;

...a emis comanda nr. 23/324184/28.09.2015 care includea și covor asfaltic cu preluare de denivelări pe DN 6 KM 42+500-KM 47+225, pe care societatea ... nu l-a executat până la data expirării contractului subsecvent și a acordului cadru;

...a anexat: comanda nr. 23/324184/28.09.2015 și Anexa nr. 2 la contractul subsecvent nr. 115/02.09.2015, la Acordul cadru nr. 92/73139/30.10.2013 care să confirme că în contract erau prevăzute a se executa și lucrările din comanda nr. 23/324184/28.09.2015.

Așa cum a consemnat în cadrul Procesului verbal intermediar nr. 6/21498/07.09.2016, conform prevederilor art. 971 alin. 22 din HG nr. 925/2006, comisia de evaluare a procedat la a analiza și decide dacă Documentul constatator nr. 52027/23.06.2016 (23/66011/21.06.2016) reflectă îndeplinirea condițiilor cumulative prevăzute la art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006, considerând că da, din următoarele motive:

- s-a produs în ultimii 2 ani (Contract subsecvent nr. 115/02.09.2015 din cadrul acordului cadru nr. 92/73139/30.10.2013);

- nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză (nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului precum și neexecutarea unor lucrări comandate);

- fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia (penalități contractuale calculate, precum și faptul că neexecutarea unei lucrări este de natură să aducă grave prejudicii beneficiarului).

Autoritatea contractantă menționează că elementul care a condus la decizia unanimă a membrilor comisiei de evaluare de a lua această decizie a fost acela că ... nu a executat, în fapt, un covor asfaltic, deși a primit comanda în acest sens de la beneficiar.

De asemenea, subliniază că susținerile contestatoarei cu privire la faptul că nu s-a făcut o evaluare riguroasă nu sunt întemeiate, menționând

că în răspunsul dat, însăși contestatoarea a declarat că ... nu a adus niciun prejudiciu beneficiarului, atâta timp cât a executat lucrările și a plătit penalitățile aferente, fapt ce nu corespunde realității, în sensul că ... nu a executat lucrările comandate, așa cum arată beneficiarul lucrărilor - DRDP București.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei că "nu este îndeplinită condiția prevăzută de legiuitor referitor la producerea unor prejudicii grave beneficiarului", autoritatea contractantă susține că, în fapt, legiuitorul a folosit sintagma „a produs sau este de natură să producă grave prejudicii”. Prin urmare, nu este necesar a se stabili exclusiv un prejudiciu material, în condițiile în care legiuitorul a stabilit că este vorba de prejudicii în general, pe de o parte, iar pe de altă parte, nerespectarea obligațiilor contractuale să fi produs sau să fie de natură a produce, or, neexecutarea lucrărilor comandate a fost de natură a produce prejudicii autorității contractante.

... nu a depus nicio dovadă din care să rezulte că ... a uzat de prevederile 97¹ alin. (5) din HG nr. 925/2006 de a contesta respectivul document constatator în justiție, potrivit Legii contenciosului administrativ nr. 554/ 2004 și nici cu privire la existența vreunei hotărâri pronunțate de către instanța judecătorească cu privire la suspendarea aplicării respectivului înscris.

Autoritatea contractantă precizează că aceeași decizie a fost luată de către comisia de evaluare și în cazul ofertantului ... al cărui terț susținător a fost tot ... a depus ofertă pentru Lotul 4 ...).

Totodată, menționează că ...a mai emis și Documentul constatator nr. 23/66333/29.07.2016 (pe care l-a anexat la adresa nr. 23/66340/01.08.2016, înregistrată la ... cu nr. 18541/01.08.2016), din care reiese că ... (...) nu și-a îndeplinit corespunzător obligațiile contractuale, fiindu-i calculate penalități pentru nerespectarea termenelor de prezentare a auto-utilajelor în bazele de deszăpezire, document pe care comisia de evaluare nu l-a luat în considerare, având în vedere că a fost emis ulterior datei de deschidere a ofertelor (19.07.2016).

Prin adresa nr. 5067/13.10.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 30976/13.10.2016, ... a transmis concluzii scrise, prin care susține că urmărește a da răspuns apărărilor formulate de autoritatea contractantă și intervenienta ..., prin punctul de vedere (adresa nr. 23649/03.10.2016), respectiv prin cererea de intervenție din data de 06.10.2016.

Contestatoarea precizează că toate criticile formulate prin contestație sunt pe mai departe menținute, arătând că, prin punctul de vedere al autorității contractante (nr. de înregistrare 23649/03.10.2016) se aduc o serie de argumente care se impun a fi înlăturate, întrucât, în realitate acestea nu fac decât să confirme susținerile sale.

În opinia sa, autoritatea contractantă încearcă în mod nelegal să-și motiveze decizia de declarare a ofertei sale ca neconformă, aducând în sprijinul acesteia o serie de argumente care nu au fost avute în vedere prin Comunicarea rezultatului de procedură (nr. 22246/16.09.2016), invocând neclarități ale Anexei 2B și în ceea ce privește prețul considerat neobișnuit de scăzut și cu aspecte considerate neclarificate.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă dă dovadă de un comportament contradictoriu în aprecierea ofertei sale întrucât, deși la pagina 3 din Punctul de vedere, prin referire la numărul de ore din Anexa 2B, aceasta spune că atâta timp cât totalul nu se schimbă, modificarea unor elemente din tabel nu are ca rezultat declararea ca neconformă a ofertei din acest punct de vedere, pentru că au fost modificări ale unor elemente componente, fără a fi modificate totalurile pe categorii sau totalul absolut.

În fapt, pentru două situații practic identice, susține că autoritatea a aplicat măsuri diametral opuse, ceea ce denotă încă o dată caracterul nelegal al constatării ca neconforme a ofertei sale și măsura excesivă luată cu încălcarea principiilor legale care guvernează achizițiile publice.

Totodată, arată că autoritatea expune în același paragraf că valoarea finală ofertată se obține prin însumarea totalurilor aferente Anexelor 2B și 2C, prin urmare, oferta financiară nu a fost modificată.

Faptul că totalul ofertat era elementul esențial în funcție de care se apreciau ofertele și se făcea departajarea între concurenți este recunoscut de autoritatea contractantă, acesta afirmând că „ofertanții nu au licitat un preț global, ci valoarea totală a serviciilor de întreținere curentă pe timp de iarnă”. Este evident astfel că, indiferent de semantica folosită de autoritatea contractantă, oferta sa nu a fost modificată în vreun fel, atâta timp cât fie este privită ca preț global, fie ca valoarea totală a serviciilor.

Mai mult, trimiterile pe care autoritatea contractantă le face la documentația de atribuire (pct. 6 din caietul de sarcini sau pct. IV,4.2 din fișa de date) nu pot decât să o avantajeze.

În ceea ce privește cererea de intervenție, contestatoarea opinează că este inadmisibilă potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă, art. 61 alin. (2) condiționând admisibilitatea cererii de intervenție principală de pretinderea pentru sine a dreptului dedus judecății.

Din cererea ... reiese cu claritate că nu pretinde pentru sine dreptul dedus judecății, cererea sa de intervenție principală fiind, în opinia sa, inadmisibilă.

În ipoteza în care cererea va fi calificată ca fiind una de intervenție voluntară, accesorie, în interesul autorității contractante, contestatoarea învederează parțiala inadmisibilitate și netemeinicia în tot a acesteia.

Astfel, potrivit art. 61 alin. (3) din Codul de procedură civilă, intervenientul accesoriu doar sprijină apărarea uneia dintre părți, respectiv partea în favoarea căreia intervine. Intervenientul accesoriu poate doar să sprijine apărările părții pentru care intervine, depășirea cadrului procesual sub aspectul obiectului stabilit de părțile principale contestatoare prin contestație (cererea de chemare în judecată) și autoritatea contractantă prin punctul de vedere (veritabilă întâmpinare în sens procedural) nefiind posibilă prin intermediul cererii de intervenție accesorie.

Față de faptul că partea pentru care a intervenit ..., respectiv autoritatea contractantă nu a invocat prin intermediul actului procedural aflat la dispoziția sa (punctul de vedere), nu îi este permis intervenientei accesorii lărgirea cadrului procesual sub aspectul obiectului prin invocarea unei excepții care nu a fost invocată în termenul legal de către partea pentru care a intervenit.

Concluzia este întărită și de faptul că, și în ipoteza încuviințării în principiu a cererii de intervenție, intervenienta preia procedura în starea în care aceasta se află, respectiv după momentul procesual în care s-ar fi putut invoca această excepție.

Contestatoarea susține că, în ceea ce privește soluțiile pe care le poate pronunța Consiliul în soluționarea contestațiilor, legea interzice acestuia în mod expres doar desemnarea drept câștigătoare a unei oferte financiare, fără a face vorbire despre interdicția legală pentru ca CNSC să constate caracterul conform al unei oferte.

În esență, din moment ce, în cazul admiterii contestației, Consiliul ar anula actul prin care oferta contestatoarei a fost declarată neconformă, soluția implicită ar fi constatarea caracterului conform al ofertei Asocierii și continuarea procedurii din acel punct.

... solicită Consiliului să înlăture apărările intervenientei și să respingă cererea de intervenție ca neîntemeiată, pe de-o parte ca efect al admiterii contestației și pe de altă parte a celor menționate în continuare.

În ceea ce privește criticile privind pretinsa modificare a propunerii financiare, după ce amintește răspunsul la apărările autorității contractante, contestatoarea consideră că susținerea intervenientei potrivit căreia ar fi modificat toată oferta financiară și, implicit, toate elementele componente ale acesteia reprezintă o evidentă exagerare care nu corespunde situației de fapt.

Ceea ce interpretează ... ca fiind modificarea întregii oferte financiare a reprezentat, în realitate, doar ajustarea a 2 subelemente: tarif/km al TRAI+REM și tarif/km autobasculante (ATB) care nu afectează nici totalul deplasării, nici totalul staționării, nici totalul dislocărilor (care privesc aspecte conexe activității care face obiectul contractului) și cu atât mai mult valoarea totală a ofertei financiare .

De la două subelemente, care nu modifică nici un fel de valoare a serviciilor conexe și care totalizează înjur de 0,1% din oferta financiară, exagerând, ... a ajuns la concluzia că s-a modificat toată oferta financiară.

... apreciază că, prin Comunicarea rezultatului procedurii, s-a realizat o interpretare eronată a prevederilor legale invocate, decizia autorității contractante de declarare ca neconformă a ofertei sale fiind făcută cu încălcarea legii.

Invocând prevederile art. 79 și art. 81 din HG nr. 925/2006, contestatoarea consideră că adresa din 12.09.2016 și anexele acesteia au fost doar clarificarea unor elemente componente ale ofertei, prin simpla rectificare a unei erori materiale strecurată în formularul de la Anexa 2C, fără a se realiza niciun fel de modificare nici asupra valorii elementului component, categoria „Dislocare auto utilaje” și, în mod cert, fără a modifica valoarea de ansamblu a ofertei.

Dacă prin răspunsul la solicitarea de clarificare nu se produce nicio modificare a ofertei financiare (elementul determinant în atribuirea contractului), este fără putință de tăgadă că nu este incident textul de lege invocat pentru declararea ca neconformă a ofertei.

Documentația de atribuire este absolut clară în a determina criteriul de atribuire ca fiind prețul cel mai scăzut, oferta financiară a participanților consemnând valoarea totală a acesteia.

Concluzia este întărită și de faptul că valoarea estimată a Lotului 4 a fost determinată tot global, astfel încât este absolut clar că oferta financiară în funcție de care se va aprecia atribuirea contractului era reprezentată de valoarea totală, aprecierea globală asupra tuturor costurilor pe care le presupunea activitatea de dezăpezire.

O interpretare contrară ar presupune încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art 197 din OUG nr. 34/2006.

Contestatoarea precizează că a corectat eroarea materială strecurată în tabelul de la Anexa 2C într-un mod care să garanteze că oferta financiară nu va suferi niciun fel de modificare, dând dovadă de bună credință și respectând întru-totul prevederile legale. Acest lucru este cu prisosință clar comparând oferta sa financiară, atât înainte de răspunsul la solicitarea de clarificare, cât și după.

Astfel, valoarea totală a rămas neschimbată: 29.202.480 lei, fără TVA (valoarea maximă), rămânând neschimbate și valorile minime și maxime ale costului cu dislocarea auto a utilajelor de 28.500 lei (minim)/43.440 lei (maxim).

Practic, atâta timp cât nu a fost modificată oferta financiară sub aspectul totalului și al elementelor sale componente, nu se poate atrage declararea ca neconformă a ofertei contestatoarei și respingerea ofertei pe acest considerent. Contestatoarea invoca practica CNSC, indicând anumite decizii în acest sens, susținând că modificarea prețului și incidența sancțiunii de la art. 79 din HG nr. 925/2006 survine doar atunci când se modifică prețul total.

Contestatoarea precizează că, prin notificarea prealabilă, a adus toate aceste aspecte la cunoștința autorității contractante, însă aceasta nu a avut în vedere apărările expuse și nici jurisprudența CNSC, considerând că, în speță, sunt aplicabile dispozițiile art. 80 alin. (2) din HG nr. 925/2006.

După ce reiterează argumentația din contestație referitoare la faptul că îndreptarea erorilor materiale a vizat chestiuni de mică importanță în legătură cu oferta sa, ..., citând jurisprudența Consiliului (Ghidul de bune practici), apreciază că autoritatea contractantă nu trebuia să dea dovadă de un formalism excesiv și trebuia să analizeze aspectele considerate de aceasta ca neconforme și în ansamblul ofertei financiare.

Pe lângă faptul că oferta contestatoarei nu s-a modificat pe niciunul dintre elementele sale componente și în nici un caz prin raportare la criteriul de atribuire, autoritatea ar fi trebuit să observe și cuantumul, natura operațiunilor și ponderea acestora în ansamblul ofertei, înainte de a exclude din procedură o ofertă cert mai avantajoasă și a alocă fonduri semnificativ mai mari pentru a da curs unui formalism rigid.

În ceea ce privește principiul proporționalității, contestatoarea amintește Decizia civilă nr. 282/CA din 12 septembrie 2013 a Curții de Apel Constanța, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal, reținută de CNSC în Decizia nr. 244/2016.

Astfel, deși chiar autoritatea contractantă menționează că ar fi putut solicita clarificări suplimentare, aceasta a decis totuși declararea ca neconformă a ofertei. Mai mult, sancțiunea, pe lângă faptul că este aplicată cu încălcarea legii, a fost aplicată pentru rectificarea unor

elemente neimportante în ansamblul ofertei și care nu se percep decât arareori în practică.

De asemenea, ceea ce ar fi trebuit să vadă autoritatea contractantă era și faptul, că prin raportare la criteriul de atribuire, nu numai că nu era modificată oferta financiară, ci rectificarea erorilor nu se putea traduce într-un avantaj oferit contestatoarei față de ceilalți participanți la procedură, întrucât nici prețul total și nici prețul pe subcategorii nu fuseseră modificate.

Contestatoarea atacă decizia autorității contractante care, prin criticarea unor aspecte pur formale a unor elemente punctuale din ofertă și fără modificarea prețului total sau pe secțiuni, declarat ca neconformă o ofertă de maxim 29.202.480 lei, pentru a declara câștigătoare o ofertă cu valoarea maximă de 37.498.371,41 lei, cu peste 8.000.000 lei mai mare.

Această stare de fapt încalcă și principiul eficienței în utilizarea fondurilor publice, autoritatea contractantă risipind o sumă foarte mare de bani prin modul nelegal și extraordinar de formalist în care a respins cea mai avantajoasă ofertă.

În susținerea nulității adresei nr. 23011/26.09.2016, prin care s-a respins notificarea prealabilă formulată, contestatoarea arată că aceasta este total nemotivată, autoritatea contractantă răspunzând telegrafic, fără a indica în concret vreun motiv de fapt și de drept.

Prin adresa înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31021/13.10.2016, ... a transmis concluzii scrise prin care sintetizează argumentele care, din punctul său de vedere, justifică respingerea contestației formulate de ...

1. Cu privire la încuviințarea în principiu a cererii sale de intervenție, în cuprinsul concluziilor scrise formulate, contestatoarea alege o pretinsă inadmisibilitate parțială a cererii de intervenție, în sensul că aceasta ar fi inadmisibilă ca cerere principală, întrucât ... nu ar pretinde pentru sine „dreptul dedus judecății”.

Contrar susținerilor contestatoarei, în opinia intervenientei, art. 61 din Codul de procedură civilă nu condiționează admisibilitatea cererii de intervenție principală de pretinderea pentru sine a dreptului dedus judecății, dreptul pretins de intervenient putând fi și un drept “strâns legat” de acela dedus judecății.

În speță, prin declararea sa ca fiind câștigătoare, arată că este titularul virtual al dreptului a de încheia cu autoritatea contractantă contractul de achiziție publică. Acest drept este contestat de ... care încearcă să desființeze rezultatul procedurii în urma căruia a devenit titulara dreptului mai sus amintit.

Ca atare, prin cererea sa de intervenție, încearcă să conserve dreptul dobândit în urma evaluării ofertelor, drept propriu care este amenințat în mod direct de o eventuală admitere a contestației. Or, pentru apărarea acestui drept, consideră că este îndrituită să apeleze la instituția cererii de intervenție voluntară principală, reglementată de art. 61 alin. (2) din Codul de procedură civilă.

2. ... reamintește că, în cuprinsul cererii de intervenție, a susținut și argumentat faptul că petitele contestației formulate de ... sunt, în parte, inadmisibile, sub aspectul:

constatării caracterului conform al ofertei depuse de contestatoare;
a revenirii asupra declarării ca neconformă a ofertei contestatoarei;
a contestării altor acte (anterioare) rezultatului procedurii;
a reevaluării altor oferte decât oferta contestatoarei.

Prin concluziile scrise, contestatoarea invocă, în primul rând, inadmisibilitatea acestei excepții, susținând că, din postura sa de intervenient accesoriu, nu ar fi îndrituită la invocarea ei, întrucât această excepție nu a fost menționată de autoritatea contractantă prin punctul de vedere.

Intervenienta consideră că susținerile contestatoarei sunt neîntemeiate și precizează că cererea sa de intervenție trebuie calificată ca intervenție principală.

În subsidiar, consideră că, chiar dacă cerererea ar fi calificată ca intervenție accesorie, potrivit legii și practicii judiciare, intervenientul poate invoca orice excepții și/sau apărări, atâta vreme cât acestea susțin poziția procesuală a părții în favoarea căreia au intervenit.

În speță, în opinia sa, admiterea excepției invocate de ... ar conduce la *respingerea în parte* a contestației formulate de ..., respingere care a fost solicitată și de autoritatea contractantă.

3. Cu privire la legalitatea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei, după ce precizează că-și menține în totalitate argumentele din cererea de intervenție, ... arată că, așa cum reiese din documentele depuse în ofertă (Anexa 2C la propunerea financiară), ... nu a ofertat niciun tarif pentru dislocare TRAILER +REMORCĂ, ulterior, urmare a solicitării de clarificare venite din partea autorității contractante, contestatoarea modificând respectiva secțiune a propunerii financiare, după cum urmează:

- Pentru secțiunea Trailer+remorcă, s-a completat un tarif de 2,25 lei/km;
- Pentru ca prețul total să nu sufere modificări, tariful ofertat inițial pentru Autobasculante (3 lei/km) a fost redus, fără nicio justificare, la 2,25 lei/km.

Contrar susținerilor contestatoarei, intervenienta apreciază că propunerea financiară este compusă din ansamblul prețurilor unitare ofertate pentru toate elementele ce compun serviciile de întreținere. În opinia sa, chiar dacă criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” se raportează la prețul total ofertat, nu înseamnă că elementele care compun propunerea financiară nu pot fi analizate individual, *ut singuli*, de către autoritatea contractantă.

Or, în speță, omisiunea contestatoarei de a cota un tarif din propunerea financiară echivalează practic cu ofertarea unui preț de 0 lei/km pentru aceasta secțiune, în acest sens, în Ghidul de bune practici publicat pe site-ul CNSC fiind citată o speță similară.

Pe de altă parte, așa zisa „corectare”, pe care contestatoarea a operat-o prin răspunsul la clarificări, nu s-a făcut doar asupra tarifului omis de la ofertare, ci și asupra tarifului pentru autobasculantă, care a fost „ajustat” în așa fel încât prețul total să nu fie modificat.

Or, pentru reducerea acestui tarif de la 3 lei/km la 2,25 lei/km contestatoarea nu poate oferi nicio justificare rezonabilă.

Intervenienta susține că o serie de alte prețuri din propunerea financiară a contestatoarei nu pot fi justificate, ca de pildă tariful de 20 lei/oră aferent următoarelor utilaje: autogreder, buldoexcavatoare, tractoare de mare capacitate etc. Cu titlu de exemplu, în cazul autogrederului, conform Fișei de date, acesta trebuia să aibă peste 180 CP, acest lucru însemnând cel puțin 12-18 litri/oră consum motorină, adică peste 50 lei doar carburantul, la care se adaugă deservent, piese, anvelope etc. În plus, s-au oferit tarife ce nu acoperă nici măcar salariul minim pe economie (autoutilitară cu 5 lei/oră, suma incluzând toate cheltuielile cu manopera, combustibilul, taxele, amortizarea, reparațiile etc).

Prin adresa nr. 1339/24.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 32157/24.10.2016, SC ... a transmis concluzii scrise solicitând Consiliului admiterea contestației și reia argumentația prezentată în cuprinsul contestației, fiind de părere că autoritatea contractantă a aplicat sancțiunea prevăzută de legiuitor la art. 181 lit. c1) din OUG nr. 34/2006 în mod discreționar.

Pentru dovedirea afirmațiilor sale, contestatoarea precizează că s-a adresat ..., solicitând informații cu privire la contractele încheiate de aceasta cu

Prin adresa nr. 25790/25.10.2016, înregistrată la CNSC cu nr. 32359/25.10.2016, ... a transmis punct de vedere referitor la concluziile scrise formulate de ..., considerând că prui conținutul lor induc în eroare Consiliul.

Autoritatea contractantă subliniază că toate deciziile comisiei de evaluare luate în legătură cu evaluarea ofertelor se regăsesc argumentate în Raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016 și în Procesele verbale intermediare numerotate de la 1 la 7, iar în cazul documentelor constatatoare negative, comisia de evaluare a analizat fiecare document constatat în parte, în spiritul prevederilor art. 971 alin. (22) din HG nr. 925/2006.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea semnării unui acord cadru, având ca obiect: „...”, ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură de „licitație deschisă”, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind: pentru Lotul 4 - ...: 39.987.869,41 lei, fără TVA, iar pentru Lotul 3 - ...: 34.783.131,77 lei, fără TVA.

În data de 19.07.2016 a avut loc ședința de deschidere a ofertelor, în urma căreia s-a încheiat procesul-verbal nr. 17786/19.07.2016, în care s-a consemnat, printre altele, că pentru lotul 4 au fost depuse zece oferte, iar pentru lotul 3 cinci oferte, iar în urma evaluării lor, autoritatea contractantă a întocmit raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016, din care rezultă că, pentru lotul 4, oferta contestatoarei ... a fost respinsă ca neconformă, în baza art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, iar pentru lotul 3, oferta contestatoarei SC ... a fost declarată inacceptabilă, în temeiul art. 36 alin. (1) lit. b) din HG nr. 925/2006, și respinsă, potrivit art. 81 din același act normativ.

Nemulțumite de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 22246/16.09.2016, către ... și adresa nr. 22242/16.09.2016 către SC ..., societățile menționate au investit Consiliul cu soluționarea contestațiilor lor, solicitând revizuirea acestui rezultat.

Prin Încheierea nr. 131/C8/2087 din 30.09.2016, Consiliul a respins, ca nefondată, cererea contestatoarei ... referitoare la suspendarea procedurii de atribuire în cauză, pentru *Lotul 4* - ...

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că ..., ofertantul desemnat câștigător pentru Lotul 4, a formulat cererea de intervenție înregistrată la CNSC cu nr. 30221/06.10.2016, ca urmare a formulării contestației de către ..., demers ce a fost încunoștiințat părților interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii actualei finalități a procedurii, față de oferta sa. În consecință, cererea de intervenție, înaintată de ofertantul declarat câștigător, îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 coroborate cu cele ale art. 61 și următoarele din Noul Cod de Procedură Civilă.

Considerată de Consiliu admisibilă, în principiu, cererea de intervenție, aparținând ..., urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond invocate.

Astfel, în ceea ce privește excepțiile: inadmisibilității, a lipsei de obiect și a tardivității contestației, ridicate de intervenienta ..., Consiliul le respinge ca neîntemeiate.

În aprecierea acestei finalități, Consiliul are în vedere următoarele:

- contestația a fost depusă în data de 27.09.2016, fiind înregistrată la CNSC cu nr. 29263, astfel că, raportat la valoarea estimată a achiziției, a fost respectat termenul legal de 10 zile de la data comunicării, de către autoritatea contractantă, a adresei nr. 23011/ 26.09.2016, care reprezintă răspunsul la notificarea prealabilă, conform art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016;

- prin contestație s-a solicitat anularea comunicării rezultatului procedurii nr. 22246/16.09.2016 și constatarea caracterului conform al ofertei ..., doar din punct de vedere al motivului invocat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 22246/16.09.2016.

Astfel, din analiza contestației formulate de ..., cu privire la lotul 4, Consiliul reține că observațiile acesteia vizează modul în care autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale ca neconformă, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 22246/16.09.2016, pe motiv că *„prin adresa nr. 141/12.09.2016, înregistrată la secretariatul ... cu nr. 21780/12.09.2016 ați modificat propunerea financiară depusă inițial, respectiv ați modificat tarifele de deplasare din cadrul Anexei 2C*

pentru Autobasculante (ATB) de la 3 lei/km la 2,25 lei/km și Trailer + remorcher de la 0 lei/km la 2,25 lei/km”.

Consiliul constată că, în procesul de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 1823/07.09.2016, a solicitat contestatoarei, la poziția II. pct. 4, următoarele clarificări: *„În Anexele 2C la poz. TRAILER + REMORCHER nu există tarif de deplasare pentru orele de staționare, astfel nu este cuantificat valoric acest autoutilaj. Comisia de evaluare va solicita să clarifice situația constatată”.*

Contestatoarea a transmis adresa de răspuns nr. 141/12.09.2016, înregistrată la sediul autorității contractante cu nr. 21780/12.09.2016, la care a atașat și *Anexa 2C - Tarif acționare* – elemente constitutive, detaliată, în care este menționat, în ultima rubrică, tariful de deplasare de 2,25 lei/km, atât pentru *„ATB cu forma roților 4x4 ...”*, cât și pentru *„Trailer + remorcher”*.

Comparând Anexa 2C, pe care societatea contestatoare a depus-o inițial, cu cea transmisă ca urmare a cererii de lămuriri menționată mai sus, Consiliul constată că valorile totale, pentru cele două poziții (ATB și TRAILER + REMORCHER) nu au fost modificate, respectiv: 5700 lei - pentru anul 2016; 10680 lei - pentru anul 2017; 10680 lei - pentru anul 2018; 10680 lei pentru anul 2019; 5700 lei pentru anul 2020.

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul apreciază că informațiile prezentate de contestatoare, ca urmare a cererii de clarificări din partea autorității contractante, pot fi încadrare la art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, potrivit căreia: *„Viciile de formă reprezintă acele erori ... căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.”*

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere că societatea contestatoare nu a modificat conținutul propunerii financiare, în sensul dispozițiilor art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006, care stabilesc: *„În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2)”*, deoarece valorile totale ale celor două poziții, și în urma răspunsului la clarificări, au rămas aceleași, deci valoarea totală a propunerii sale financiare nu s-a modificat. Acest lucru a fost recunoscut chiar de autoritatea contractantă în punctul său de vedere, prin următoarea afirmație: *„(...) deși prin modificările făcute de ofertant s-a constatat că totalul Anexei 2C nu s-a modificat, comisia de evaluare a considerat că modificările de tarife efectuate de către ofertant prin adresa nr. 141/12.09.2016... se încadrează în prevederile art. 79 alin. (3) din HG nr. 925/2006...”*.

Or, simpla invocare, din partea autorității contractante, a unei norme legale fără a prezenta argumente care să determine incidența ei, nu poate fi considerată relevantă, în cazul de față, decizia de respingere pe acest motiv fiind apreciată exagerată, de către Consiliu, în condițiile în care,

autoritatea contractantă este obligată să aibă în vedere principiul proporționalității, statuat de art. 2 alin. (2) lit. e) din OUG nr. 34/2006.

De asemenea, autoritatea contractantă era obligată să respecte și principiul eficienței utilizării fondurilor publice, prevăzut la lit. f) a articolului menționat anterior, astfel încât să depună toate diligențele pentru a verifica oferta contestatoarei a cărei propunere financiară, de 29.202.480 lei, fără TVA, este cea mai mică, pentru Lotul 4, iar a câștigătorului de 37.498.371,41 lei, fără TVA, așa cum reiese din procesul-verbal de deschidere a ofertelor nr. 17786/19.07.2016, iar .

În sprijinul celor expuse este și decizia Curții de Apel Constanța nr. 282/2013, în conținutul căreia se regăsesc următoarele precizări: *«(...) Este nelegală și anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni minore, ușor de remediat (...). Curtea reține și că ar fi nelegală și anormală respingerea unei oferte pentru omisiuni minore, ușor de remediat, mai cu seamă că, în speță, oferta reclamată avea și prețul cel mai scăzut, aceasta, în condițiile în care proporționalitatea reprezintă un criteriu adesea decisiv în evaluarea legalității actelor și acțiunilor instituțiilor statului, inclusiv a celor aparținând autorității contractante, în procesul de atribuire a contractelor de achiziție publică.*

Cu alte cuvinte, apreciază Curtea că dispozițiile art. 79 alin. (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006, potrivit căroră: „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă, cu excepția situației prevăzute la art. 80 alin. (2)”, trebuie interpretate în sensul în care voința legiuitorului a fost aceea de a sancționa numai acele modificări de oferte care ating limita substanțialului, fapt confirmat și de conținutul art. 79 alin. (2) din hotărâre.(...).

Pe de altă parte, după cum legal și temeinic a reținut Consiliul, și Curtea apreciază a fi vădit contrară principiului eficienței în folosirea fondurilor publice respingerea unei oferte mai mici cu peste 1.750.000 lei decât a celei de pe locul secund, sub pretextele relevate de reclamantă și care, prin ele însele, nu pot determina automat sancționarea ofertei cu respingerea sa ca neconformă.»

În concluzie, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod excesiv, oferta contestatoarei ca fiind neconformă, pentru argumentul invocat în adresa de comunicare a rezultatului procedurii.

Cu privire la celelalte motive, pe care autoritatea contractantă le-a menționat în cadrul punctului său de vedere, Consiliul nu le va lua în considerare având în vedere că acestea nu au fost comunicate societății contestatoare, prin adresa nr. 22246/16.09.2016, așa cum impun dispozițiile art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006 potrivit căroră: *„În cadrul comunicării prevăzute la art. 206 alin. (2), autoritatea contractantă are obligația de a informa ofertanții/candidații care au fost respinși sau a căror ofertă nu a fost declarată câștigătoare asupra motivelor care au stat la baza deciziei respective, după cum urmează: ... b) pentru fiecare ofertă respinsă, motivele concrete care au stat la baza deciziei de respingere, detaliindu-se argumentele în temeiul cărora oferta a fost considerată inacceptabilă și/sau neconformă, îndeosebi elementele ofertei care nu au corespuns cerințelor de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini”.* Prin urmare, contestatoare, necunoscându-le, nu le-a notificat și criticat, astfel că nu a putut să formuleze apărări asupra lor.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul admite contestația formulată de ..., în numele Asocierii ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016, pentru lotul 4, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, și actele subsecvente acestuia, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 22246/16.09.2016.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu finalizarea evaluării ofertei Asocierii ... în termen de 20 zile de la comunicarea prezentei, conform celor precizate în motivare.

Pentru aceleași motive, respinge, ca nefondată, cererea de intervenție, formulată de

În ceea ce privește contestația înaintată de ..., Consiliul constată că observațiile sale sunt împotriva deciziei de respingere, de către autoritatea contractantă, a ofertei sale, pentru Lotul 3 - ..., motivat de faptul că „terțul susținător (...) ... se încadrează în prevederile art. 181 lit c¹ din cadrul OUG nr. 34/2016 ... având în vedere că i s-a emis Documentul constatat nr. 52027/23.06.2016 (23/66011/21.06.2016) urmare a nerespectării termenelor de executare din culpă, precum și a nerespectării unor lucrări ce făceau obiectul acordului cadru, respectiv contractul subsecvent nr. 115/ 02.09.2015 și anume covor asfaltic cu preluare de denivelări pe DN KM 42+500-KM și respectiv respinsă conform art. 81 din cadrul HG nr. 925/ 2006”.

Din verificarea dosarului cauzei, Consiliul constată că, pentru îndeplinirea cerințelor de calificare, societatea contestatoare a prezentat Angajament privind susținere financiară a cifrei de afaceri globală (fila 27) și Angajament privind susținerea tehnică - experiența similară (fila 124), din partea

Având în vedere susținerea de care beneficiază contestatoarea, relevante în cauză sunt dispozițiile art. 186 alin. (2) coroborate cu cele ale art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, potrivit cărora: *În cazul în care ofertantul/candidatul își demonstrează situația economică și financiară (...) își demonstrează capacitatea tehnică și profesională invocând și susținerea acordată, în conformitate cu prevederile alin. (1), de către o altă persoană, atunci acesta are obligația de a dovedi susținerea de care beneficiază, de regulă, prin prezentarea unui angajament ferm al persoanei respective, prin care aceasta confirmă faptul că va pune la dispoziția candidatului/ofertantului resursele tehnice și profesionale invocate. Persoana care asigură susținerea financiară (...) susținerea tehnică și profesională nu trebuie să se afle în situația care determină excluderea din procedura de atribuire, conform prevederilor art. 180 și ale art. 181 lit. a), c1) și d).*

În fișa de date a achiziției, la cap. III.2.1.a) *Situația personala a candidatului sau ofertantului*, se solicită, printre altele: „2. Declarație privind neîncadrarea în prevederile art. 181 din O.U.G. nr. 34/2006 - Se va

completa Formularul nr. 8 din Secțiunea *Formulare* din Documentatia de Atribuire, semnat de catre reprezentantul legal al ofertantului.”

Pentru aceste cerințe, susținătorul ... a prezentat Formularul nr. 8 (fila 91) în conținutul căruia declară că nu se încadrează la prevederile art. 181 din OUG nr. 34/2006.

Consiliul constată că, pe parcursul evaluării ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit procesul-verbal intermediar nr. 18320/27.07.2016, în cadrul căruia a precizat, printre altele:

„Se solicită la ... Central și la celelalte ... informații cu privire la eventualele documente constatatoare emise pe numele ofertanților și terților susținători ai acestora, acolo unde există, din care să rezulte că respectivul ofertant/terț susținător *în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*”, în vederea verificării încadrării sau nu în prevederile art.181 lit. c¹ din cadrul OUG nr. 34/2006”.

În urma demersurilor efectuate de autoritatea contractantă, în acest sens, la dosarul cauzei se află Documentul constatator nr. 52027, publicat pe SEAP în data de 23.06.2016, care conține informații despre ..., în calitate de contractant asociat, în cadrul contractului de achiziție publică „Lucrări privind întreținerea periodică 2013-2014 – COVOARE ASFALTICE ...(...)”, unde la rubrica Categorie document, se regăsește următoarea mențiune: „Derulare contract (Nerespectarea termenelor contractuale și/sau a duratei execuției contractului). De asemenea, anexat se află și Documentul constatator nr. 23/66011 din 21.06.2016, emis de Direcția/Serviciul/Biroul/ Compartimentul ..., unde la pct. 8 – *Contractul a fost îndeplinit în mod corespunzător*, este bifată cu „X” rubrica: *NU*, iar: la lit. b) - „nerespectarea termenelor contractuale ...” a aceluiași punct, se consemnează: „ din culpă nerespectare termene executare”. În același document, la pct. 9. – *Prejudicii care au fost sau care ar fi putut fi aduse autorității contractante pe perioada derulării contractului*, se precizează: „Calcul penalități în cuantum de 122.482,32 lei.”

De asemenea, referitor la acest aspect, la dosarul cauzei se află și adresa nr. 23/101415/23.08.2016, emisă de ... – ...- Serviciul ..., către autoritatea contractantă ..., ce conține următoarele informații: „*Ca răspuns la solicitarea dumneavoastră nr. SAPAT 1793/22.08.2016, vă transmitem următoarele: Documentul Constatator nr. 52027/23.06.2016, a fost emis pentru contractul subsecvent nr. 115/02.09.2016. Procesul Verbal de Recepție la terminarea lucrărilor nr. 4072/08.06.2016, se referea doar la lucrările de covoarea asfaltice executate de Societatea ... (...) și nu se referea la toate lucrările contractate (...). Menționăm că ...a emis comanda nr. 23/324184/..., care includea și covor asfaltic cu preluare denivelări ... pe care societatea ... nu l-a executat până la data expirării contractului subsecvent ... motiv pentru care le-au fost percepute și executate penalități conform documentului constatator nr. 52027/ 23.06.2016.*”

Or, având în vedere cele precizate mai sus, raportat la prevederile art. 186 alin. (2) coroborate cu cele ale art. 190 alin. (2) din OUG nr. 34/2006, Consiliul constată că sunt incidente dispozițiile art. 181 din OUG

nr. 34/2006, potrivit căroră: „Autoritatea contractantă are dreptul de a exclude dintr-o procedură pentru atribuirea contractului de achiziție publică orice ofertant/candidat care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) c¹) *în ultimii 2 ani nu și-a îndeplinit sau și-a îndeplinit în mod defectuos obligațiile contractuale, din motive imputabile ofertantului în cauză, fapt care a produs sau este de natură să producă grave prejudicii beneficiarilor acestuia*”.

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca fiind relevantă afirmația contestatoarei conform căreia autoritatea contractantă „*ar fi trebuit să facă o analiză privind istoricul contractelor încheiate cu ..., istoric din care rezultă că în anii 2014 și 2015 au fost încheiate 8(opt) contracte de achiziție publică toate fiind finalizate la termen și fără nicio obiecție din partea beneficiarului, valoarea totală a acestor lucrări este în quantum de 13.086.686,66 lei*”, întrucât, norma legală de mai sus nu particularizează această situație, nici la un anumit număr de contracte încheiate și nici la o anumită valoare a lor.

Față de cele expuse, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, oferta contestatoarei ca fiind inacceptabilă, în temeiul normelor legale invocate anterior, coroborat cu cele ale art. 36 alin. (1) din HG nr. 925/2006, conform căroră: „*Oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situații: (...) b) a fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre cerințele de calificare stabilite în documentația de atribuire sau nu a prezentat, conform prevederilor art. 11 alin. (4) - (5), documente relevante în acest sens*”.

În ceea ce privește critica societății contestatoare asupra anumitor documente aferente societății ..., care a fost declarată câștigătoare pentru acest lot, Consiliul o respinge ca inadmisibilă.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere definiția „*notificării prealabile*”, potrivit art. 3 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 101/2016, astfel: „*notificare prealabilă - cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia*”, precum și dispozițiile art. 6 alin. (1) din același act normativ, care stabilesc următoarele: „*Sub sancțiunea respingerii contestației ca inadmisibilă, care poate fi invocată și din oficiu, înainte de a se adresa Consiliului sau instanței de judecată competente, persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: (...)*”.

De asemenea, relevante sunt și prevederile art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, potrivit căroră: „*Notificarea prealabilă se face în scris și conține cel puțin datele de identificare ale persoanei care se consideră vătămată, neregulile sesizate și măsurile de remediere pe care le consideră necesare a fi luate, după caz*”.

Din analiza conținutului Notificării prealabile nr. 1195/26.09.2016, Consiliul reține că observațiile contestatoarei vizează doar modul în care autoritatea contractantă a respins oferta sa ca inacceptabilă, neexistând nici o critică sau o solicitare de remediere referitoare la documentele de calificare depuse de oferta desemnată câștigătoare, aparținând Asocierii ...

Prin umare, sesizarea Consiliului se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă, etapă obligatorie, așa cum impun dispozițiile art. 6 alin. (10) din Legea nr. 101/2016, respectiv: *„Sesizarea Consiliului sau a instanței, după caz, se poate face numai după îndeplinirea procedurii de notificare prealabilă”.*

Or, în cazul de față, Consiliul constată că autoarea contestației nu a respectat în totalitate normele legale în ceea ce privește procedura notificării prealabile, având obligația de a informa autoritatea contractantă asupra tuturor nemulțumirilor sale, astfel încât să se poată folosi de dispozițiile art. 8 alin. (1) din același act normativ, care stabilesc: *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)”.*

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge contestația formulată de ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- ca nefondată critica cu privire la respingerea ofertei sale;
- ca inadmisibile criticile referitoare la ofertantul declarant câștigător.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite, în principiu, cererea de intervenție, înaintată de

Admite contestația formulată de ..., în numele Asocierii ... în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează raportul procedurii nr. 22238/16.09.2016, pentru Lotul 4, în partea ce privește evaluarea ofertei contestatoarei, și actele subsecvente acestui, inclusiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 22246/ 16.09.2016.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză cu finalizarea evaluării ofertei Asocierii ... în termen de 20 zile de la comunicarea prezentei, conform celor precizate în motivare.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție, formulată de

Respinge contestația formulată de SC ..., în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., astfel:

- ca nefondată critica cu privire la respingerea ofertei sale;

- ca inadmisibile criticile referitoare la ofertantul declarant câștigător.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 6(șase) exemplare, conține 32(treizecișidouă) pagini.