

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 266 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, aprobată prin Legea nr. 337/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul adoptă următoarea:

DECIZIE

Nr. / /

Data:

Prin contestația /, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /, formulată de SC SA, cu sediul social în, str. ..., jud., înmatriculată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI RO, reprezentată legal de Cabinetul de Avocat, cu sediul în, ales pentru comunicarea actelor procedurale, împotriva actelor nelegale, emise de către COMUNA, cu sediul în com., jud., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, desfășurată prin mijloace electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6, s-a solicitat:

- procedurii nr. 3869/50 din data de 18.03....., a oricăror și tuturor actelor ce au stat la baza emiterii acesteia, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC SA, în conformitate cu cele reținute în motivarea deciziei CNSC și, pe cale de consecință, modificarea în parte a raportului procedurii în ceea ce privește oferta SC SA, cu aplicarea corespunzătoare a criteriului de atribuire și atribuirea contractului de achiziție publică, precum și emiterea unor noi comunicări privind rezultatul procedurii.

Prin cererea de intervenție, în principal în interes propriu și în subsidiar în interesul COMUNEI, înregistrată la CNSC cu 0211/07.04....., formulată de către SC SA, cu sediul în sat, com., ..., jud., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal de - administrator și convențional de ..., în

calitate de avocat, în contradictoriu cu SC SA, se solicită: respingerea contestației formulate și menținerea rezultatului procedurii.

În baza documentelor depuse de părți,
CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SA în contradictoriu cu COMUNA iar pe cale de consecință, admite cererea de intervenție formulată de SC SA

Dispune continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 280 din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

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

MOTIVARE

În luarea deciziei s-au avut în vedere următoarele:

SC SA a formulat contestație împotriva actelor nelegale, emise de către COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de atribuire, prin cerere de oferte, desfășurată prin mijloace electronice, a contractului de achiziție publică de lucrări, având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6.

În fapt, contestatorul menționează că, în cadrul prezentei proceduri a mai formulat contestație la rezultatul procedurii, fiind soluționată în mod definitiv de CNSC, prin Decizia nr. .../.../..... din data de.....

Astfel, în aplicarea deciziei, autoritatea contractantă a transmis solicitarea de clarificări nr. 3231/09.03..... cu privire la oferta depusă. În pofida faptului că solicitarea de clarificări vizează clarificarea unor aspecte importante și complexe din cadrul propunerii tehnice, autoritatea contractantă a acordat un termen de aproximativ 24 de ore pentru formularea și depunerea răspunsului.

Contestatorul apreciază că, prin adresa nr. 3281/10.03....., autoritatea contractantă a nesocotit cerințele de proporționalitate din cadrul procedurilor de achiziție publică, prin refuzarea prelungirii termenului de depunere al răspunsului, astfel cum s-a solicitat prin cererea nr. 364/09.03..... În pofida termenului nerezonabil și nerealist impus de autoritatea contractantă, s-a răspuns solicitării

acesteia, în mod complet și concludent, precum și în termenul indicat, prin adresa nr. 371/10.03.....

Contestatorul precizează că ulterior, la data de 18.03....., autoritatea contractantă i-a transmis adresa nr. 3869/50, de comunicare a rezultatului procedurii, prin care l-a învederat că oferta depusă a fost respinsă, fiind declarată neconformă, în temeiul art. 79 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006, „întrucât nu satisface în mod corespunzător, cerințele caietului de sarcini, răspunsul prezentat fiind unul neconcludent; aducând modificări asupra propunerii tehnice prezentate”. Referitor la faptul că, autoritatea contractantă a considerat că, prin răspunsul nr. 371/10.03....., s-a modificat conținutul propunerii tehnice, respectiv conținutul graficului de execuție, prin schimbarea succesiunii de execuție a etapelor lucrării, contestatorul susține faptul că nu a modificat propunerea tehnică și subliniază faptul că din Procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 3 (Adresa nr. 562/23 din data de 19.01.....), rezultă faptul că aceasta respecta cerințele solicitate prin documentația de atribuire. Conformitatea propunerii tehnice depuse este confirmată, de altfel, și de documentele întocmite de comisia de evaluare și expertul extren cooptat în perioada de evaluare a ofertelor, respectiv în raportul de specialitate/18.01..... și în raportul procedurii nr. 28/22.01..... Prin urmare, contestatorul consideră că revocarea deciziei de admitere a ofertei tehnice depuse și respingerea acesteia în urma reevaluării ofertelor, nu denota decât intenția autorității contractante de a-i elimina oferta.

Contestatorul precizează că limitele reevaluării ofertei au fost stabilite prin Decizia CNSC nr. .../.../..... din data de....., prin care s-a dispus admiterea contestației. Întrucât contestația a vizat exclusiv modul în care autoritatea contractantă a evaluat oferta prin îndeplinirea cerinței de calificare stabilite în documentația de atribuire privind asigurarea unui responsabil de contract care să aibă experiență specifică în domeniul obiectului contractului de minim 3 ani (cerința nr. 2 din Secțiunea III.2.3.a) - Capacitatea tehnică și/sau profesională din fișa de date a achiziției, CNSC a impus în mod clar limitele reevaluării ofertei prin raportare la pretinsa inacceptabilitate a ofertei depuse, iar autoritatea contractantă este ținută de acest cadru, care nu a vizat sub nicio formă reevaluarea ofertei tehnice depuse. Ca urmare, contestatorul consideră că reevaluarea din punct de vedere tehnic a ofertei depășește cadrul impus de către CNSC.

Contestatorul apreciază că a răspuns în mod concludent la Solicitarea de clarificări nr. 3231/09.03....., prin care autoritatea contractantă a solicitat, inter alia, dacă lucrările privind stratul de balast, respectiv piatră spartă pe drumurile laterale se vor realiza concomitent cu lucrările privind straturile din balast și piatră spartă de pe drumul principal, precum și justificarea din punct de vedere tehnologic a realizării lucrărilor de acostamente și rigole naturale înaintea realizării îmbrăcăminții rutiere (conform graficului de execuție prezentat), la care

s-a răspuns în termenul menționat, punctual și complet, prin adresa nr. 371 din data de 10.03....., învederându-se următoarele:

- referitor la straturile din balast, respectiv din piatră spartă pentru drumurile laterale, s-a precizat că acestea se vor executa concomitent cu straturile de balast și piatră spartă aferente drumului principal;
- referitor la execuția acostamentelor și rigolelor naturale, s-a menționat că denumirea activităților prezentate în coloana a graficului fizic pag. 225 din cadrul propunerii tehnice, respectă întocmai denumirea activităților impusă în „Formularul F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte” din documentația de atribuire;
- în ceea ce privește justificarea tehnologică pentru realizarea lucrărilor de acostamente și rigole naturale, s-a menționat, pe de o parte, faptul că rigolele naturale se vor executa înaintea realizării îmbrăcămînții rutiere, imediat după finalizarea podețelor pentru a asigura scurgerea apelor pluviale de pe ampriza drumului, fenomen susceptibil de a afecta buna execuție a îmbrăcămînții rutiere iar, pe de altă parte, faptul că acostamentele se vor executa după așternerea asfaltului.

Contestatorul consideră că nu a modificat propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii, așa cum susține autoritatea contractantă în cadrul adresei de comunicare a rezultatului procedurii. Contestatorul apreciază că neconcordanțele sesizate de autoritatea contractantă reprezintă vicii de formă sau abateri tehnice minore, în sensul prevăzut de art. 79 alin. (2) lit. a) și b) din HG nr. 925/2006, iar prin corectarea acestora nu se modifică oferta financiară și, implicit, nici clasamentul ofertanților participanți și nici nu se crează vreun avantaj nejustificat. În acest sens, contestatorul face trimitere la prevederile art. 80 alin. (3) din HG nr. 925/2006, și la definiția abaterilor tehnice minore, introdusă prin HG nr. 66/.....

Față de cele prezentate anterior, contestatorul susține că nu a modificat oferta depusă, ci a explicat că în graficul de execuție a păstrat și redactat denumirile obiectelor, în conformitate cu cele menționate în formularul F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii. În caz contrar, o modificare a denumirii Obiectelor (Categoriilor de lucrări), astfel cum au fost menționate în formularul F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte, ar fi condus la nerespectarea documentației de atribuire.

Contestatorul precizează că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a confirmat că ordinea tehnologică a lucrărilor este cea corectă. Denumirea obiectelor în graficul fizic conform formularului F2 - Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte, au condus la anumite neclarități, iar corectarea acestor denumiri prin răspunsul la solicitarea de clarificări a avut drept scop exclusiv clarificarea acestor confuzii, și nicidecum modificarea ofertei inițiale (graficul de execuție). Mal mult, graficul de execuție de detaliu va fi revizuit și înaintat autorității contractante după semnarea contractului de achiziție publică, astfel cum este prevăzut și în clauza 3 din modelul de contract de

lucrări (Formularul nr. 25), în funcție de data emiterii Ordinului de începere a lucrărilor. Prin urmare, contestatorul consideră că aceste aspecte clarificate prin răspunsul la solicitarea de clarificări reprezintă corectarea unor abateri tehnice minore, pe care autoritatea contractantă avea obligația de a le corecta în conformitate cu prevederile art. 80 alin. (1) din HG nr. 925/2006. De altfel, prin răspunsul la solicitarea de clarificări, s-a dat acordul pentru îndreptarea acestor erori minore. Îndreptarea unor abateri tehnice minore, în sensul arătat mai sus, este permisă de legislația achizițiilor publice, astfel cum rezultă și din jurisprudența anterioară a CNSC.

Contestatorul subliniază faptul că, în măsura în care autoritatea contractantă avea nelămuriri în ceea ce privește respectarea graficului de execuție a lucrărilor, avea obligația de a adopta o atitudine proactivă, diligentă, în sensul solicitării de clarificări și de informații suplimentare cu privire la presupusele neclarități. De altfel, în situația în care există incertitudini cu privire la admisibilitatea ofertei, dreptul autorității contractante de a solicita clarificări devine o obligație, fiind elocventă interpretarea Curții Europene de Justiție care a statuat că în ipoteza în care termenii unei oferte și circumstanțele cunoscute de către autoritatea contractantă indică o anumită ambiguitate care are o explicație simplă și este aparent ușor de rezolvat (cum ar fi putut autoritatea contractantă să procedeze în situația de față, solicitând confirmări), respingerea ofertei fără adresarea unei solicitări de clarificări suplimentare este contrară cerințelor de bună administrare. O astfel de decizie riscă să fie afectată de o eroare vadiată de apreciere din partea autorității contractante respective.

În opinia contestatorului, prin respingerea nelegală a ofertei sale, autoritatea contractantă a încălcat principiile proporționalității și eficienței utilizării fondurilor. Respingerea abuzivă a ofertei, pentru respectarea denumirilor prevăzute în documentația de atribuire, fără a ține cont de intenția legiuitorului și de spiritul legii și acordând prioritate formei, în detrimentul fondului, contravine principiilor legislației achizițiilor publice.

În vederea soluționării contestației în cauză, prin adresa nr. 8543/ -/25.03....., Consiliul solicită autorității contractante documentele emise de la ultima decizie CNSC, în copie certificată, în conformitate cu dispozițiile art. 274, 213 și 2563 din OUG nr. 34/2006.

Prin adresa nr. 4411/30.03....., înregistrată la CNSC sub nr. 9299/31.03....., autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate.

În punctul de vedere transmis și pe e-mail și înregistrat la CNSC sub nr. 9199/30.03....., autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea contestației, pe cale de excepție, în conformitate cu dispozițiile art. 271 alin. (1), coroborat cu art. 2562 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006, ca tardiv formulată. Cu privire la fondul contestației,

autoritatea contractantă solicită Consiliului respingerea acesteia ca nefondată.

În ceea ce privește respingerea contestației ca tardivă, autoritatea contractantă invocă dispozițiile art. 271 alin. (1), coroborat cu art. 2562 alin. (1) lit. a) din OUG nr. 34/2006 și faptul că aceasta a fost înregistrată în data de 24.03.2015, inclusiv la CNSC. Cum transmiterea contestației în interiorul termenului legal către organismul administrativ-jurisdicțional nu este suficientă, textul art. 271 alin. (1) din ordonanța de urgență prevăzând cumulativ transmiterea contestației în termen atât către CNSC cât și către autoritatea contractantă, COMUNA solicită Consiliului să constate excepția tardivității contestației și, pe cale de consecință, să o respingă ca tardivă.

Autoritatea contractantă menționează că, în aplicarea Deciziei CNSC nr. .../.../..... din..... și așa cum se poate constata din Procesele verbale de reevaluare, contestatorului i s-a reanalizat oferta depusă.

Autoritatea contractantă arată că, prin adresa nr. 3659/47 din 16.03....., i s-a solicitat contestatorului să prezinte pentru d-l ... documente emise/semnate în calitate de responsabil de contract, respectiv recomandări din partea beneficiarilor cu indicarea contractelor în care persoana desemnată a avut calitatea de responsabil de contract, la care a răspuns în termenul indicat, prin adresa nr. 422 din 17.03....., încărcată în SEAP în data de 17.03..... ora 12:24. În urma analizării răspunsului primit și a documentelor prezentate, s-a constatat că d-l ... a îndeplinit calitatea de responsabil de contract în domeniul obiectului contractului de minim 3 ani, răspunsul fiind unul concludent, iar cerința îndeplinită.

Cum în cadrul deciziei pronunțată de către Consiliu, nu se interzice evaluarea totală a ofertelor, autoritatea contractantă consideră că nu numai că îi este permis, ci chiar îi este impus de lege. În opinia sa, revocarea deciziei de stabilire ca acceptabilă a ofertei contestatorului este absolut legală, altfel s-ar ajunge la situația declarării admisibile și câștigătoare a unei oferte care nu îndeplinește condițiile impuse. Oricum, procedura a fost viciată în mod grav prin acceptarea inițială a ofertei contestatorului care, dacă s-ar fi identificat neconformitatea la timp, oferta acestuia ar fi fost respinsă. Având în vedere că reevaluarea ofertelor s-a făcut în acord cu prevederile art. 2 alin. (4) din HG nr. 925/2006, autoritatea contractantă menționează că, prin dispoziția 34 din 09.03....., a numit un nou expert cooptat, care a reevaluat propunerile tehnice. Astfel, prin adresa nr. 3231/09.03.2015 s-a solicitat contestatorului să precizeze dacă stratul din balast, respectiv piatră spartă pe drumurile laterale se vor realiza concomitent cu straturile din balast și piatră spartă de pe drumul principal, iar prin adresa nr. 3231/ 09.03.2015, să justifice tehnologic realizarea lucrărilor de acostamente și rigole naturale înaintea realizării

îmbrăcăminții rutiere (conform grafic de execuție prezentat), la care a răspuns în termen prin adresa nr. 371/ 10.03.....

Autoritatea contractantă susține că, în urma verificării răspunsului antemenționat și a propunerii tehnice prezentate, a constatat că SC SA nu a transmis clarificările și completările formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea ofertelor, ci a prezentat o altă ordine de execuție a straturilor de balast și piatră spartă, precum și a acostamentelor care au dus la modificarea ofertei depusă inițial. Ca urmare, oferta tehnică a fost declarată neconformă în temeiul art. 79 alin. (1) și art. 79 alin. (2) din HG nr. 925/2006, întrucât nu satisface în mod corespunzător, cerințele din caietul de sarcini, răspunsul prezentat fiind unul neconcludent, aducând modificări asupra propunerii tehnice prezentate.

Referitor la motivele invocate de SC SA în contestația sa, autoritatea contractantă face următoarele precizări:

1. În ceea ce privește acordarea unui termen de aproximativ 24 de ore pentru formularea și depunerea răspunsului, autoritatea contractantă îl consideră rezonabil atâta vreme cât solicitarea de clarificări a fost referitoare la documentele elaborate pentru participarea la procedură, nefiind necesar eliberarea de documente de la instituțiile publice. În condițiile în care operatorul economic aprecia ca insuficient termenul indicat, avea posibilitatea contestării în termenul legal a actului considerat nelegal.

2. Cu privire la reevaluarea ofertei tehnice, autoritatea contractantă precizează că oferta contestatorului a fost reevaluată în totalitate, atât documentele de calificare (conform deciziei CNSC), cât și propunerea tehnică, în consecință nu se poate lua în considerare conformitatea ofertei din evaluarea anterioară, CNSC dispunând anularea raportului procedurii nr. 28/22.01....., în partea ce privește oferta contestatorului și cea declarată câștigătoare, comunicările transmise contestatorului și câștigătorului.

3. Autoritatea contractantă consideră că societatea contestatoare este într-o gravă eroare când afirmă că: „CNSC a impus limitele reevaluării ofertei (...), iar autoritatea contractantă este ținută de acest cadru care nu a vizat sub nicio formă evaluarea ofertei tehnice”, întrucât este lesne de înțeles că CNSC nu a fost investit vreodata cu declararea sau constatarea admisibilității, sub toate aspectele, a ofertei contestatorului, situație pentru care nici nu s-a pronunțat în această privință. Consiliul a dispus „reevaluarea ofertelor”, sub toate aspectele, inclusiv a ofertei depuse de SC SA. Nu de puține ori Consiliul și/sau Curtea de Apel au punctat că orice hotărâre a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, iar nu pe documente neclare sau contradictorii. În acest sens, autoritatea contractantă menționează decizia CNSC din 05.08.2015. În opinia autorității contractante, prin pronunțarea deciziei CNSC nr. .../.../.....

din 25.02....., aceasta nu poate fi interpretată ca o tranșare/rezolvare a tuturor aspectelor de legalitate cu privire la ofertele depuse în cadrul procedurii de atribuire, motivat de faptul că acesta nu se poate pronunța decât cu privire la aspectele cu care a fost legal investit.

4. În ceea ce privește graficul de execuție, autoritatea contractantă susține că, de fapt, contestatorul constatând că nu a respectat tehnologia de execuție, modifică de fapt graficul prezentat inițial în ofertă.

Referitor la execuția acostamentelor și rigolelor naturale conform graficului, autoritatea contractantă menționează că acestea s-au indicat a se executa după realizarea îmbrăcăminții asfaltice, ceea ce tehnologic nu este posibil. Nu există posibilitatea tehnologică de a realiza acostamentele, respectiv de a așterne, nivela și compacta balast între marginea șanțului și partea carosabilă atâta vreme cât partea carosabilă, respectiv fundațiile și îmbrăcămintea asfaltică nu sunt realizate.

Autoritatea contractantă subliniază faptul că ofertantul contestator se contrazice singur atunci când afirmă prin răspunsul la clarificări că „(...) acostamentele se vor executa după așternerea asfaltului”, deoarece din graficul prezentat - cerință distinctă a propunerii tehnice, rezultă că acestea se vor realiza înainte de așternerea asfaltului, tehnologic imposibil de realizat.

Autoritatea contractantă apreciază faptul că nu pot fi considerate vicii de formă sau abateri tehnice minore neconcordanțele constatate, deoarece nicăieri în propunerea tehnică depusă, contestatorul nu face referire la o altă ordine de execuție a lucrărilor, ori în cazul de față nu există documente care să susțină ceea ce de fapt dorește să inducă în eroare. Mai mult, conform caietului de sarcini nr. 4 – „*Execuția straturilor de bază din piatră spartă*”, postat în SEAP, se precizează: „*Acolo unde stratul de bază nu se realizează pe întreaga lățime a platformei, acostamentele vor fi completate și compactate simultan cu execuția stratului de bază, astfel încât acesta să fie permanent încadrat de acostamente*”.

Contrar susținerilor contestatorului, autoritatea contractantă consideră că oferta depusă inițial nu este menținută, deoarece prin răspunsul la solicitarea de clarificări se modifică graficul de execuție, ordinea tehnologică a execuției lucrărilor, neconformă cu caietele de sarcini.

Autoritatea contractantă arată că, în fișa de date a achiziției, s-a precizat în mod clar că Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini, ori în cazul de față rezultă clar că ofertantul contestator nu le-a respectat și nici nu și le asumă.

În opinia autorității contractante, contestatorul în mod eronat afirmă că activitatea de execuție a acostamentelor a fost dimensionată în grafic la poziția îmbrăcăminte rutieră, deoarece așa cum se observă din descrierea devizelor proiectantului prin listele de cantități, însușite de ofertant, acostamentele se realizează în cadrul devizului „*acostamente și rigole naturale*” și nu în cadrul devizului „*îmbrăcăminte rutieră*”. Cantitatea de balast necesară realizării acostamentelor și oferată de contestator nu se regăsește în devizul „*îmbrăcăminte rutieră*”, așa cum se susține prin răspunsul la solicitările de clarificări.

Referitor la mutarea cuvântului „*acostamente*” de pe rândul 6 pe rândul 7 a graficului de execuție, autoritatea contractantă consideră că nu există posibilitatea reală, concretă, de a executa categoria de lucrări „*acostamente*”, deoarece cantitățile de materiale necesare și oferate se regăsesc în categoria de lucrări „*acostamente și rigole naturale*”.

Autoritatea contractantă susține că, de fapt, contestatorul încearcă să inducă în eroare Consiliul, prin redenumirea obiectului „*îmbrăcăminte rutieră*” în „*îmbrăcăminte rutieră și fundații la drumuri laterale*”, întrucât nu dovedește că materialele, manopera, utilajele și transportul se regăsesc în cadrul devizului „*îmbrăcăminte rutieră*”. Afirmția cum că aceste consumuri nu sunt însemnate, întărește convingerea că oferta depusă nu este o ofertă asumată, deoarece execuția fundațiilor la drumuri laterale implică consumuri de materiale, manoperă, utilaje și transport, cotate financiar în propunerea financiară și care se regăsesc în prețul oferat de contestator.

Referitor la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă consideră că are dreptul și nu obligația de a solicita clarificări, în conformitate cu art. 201 alin. (1) din OUG nr. 34/2006 și cu art. 78 alin. (1) din HG nr. 925/2006, iar comisia de evaluare a ofertelor a dat dovadă de un interes proactiv solicitând clarificări contestatorului.

În ceea ce privește încălcarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă susține că nu a fost încălcat, deoarece contestatorul nu a contestat în termenul legal solicitarea de clarificări primită și s-a conformat răspunzând în termen.

Referitor la afirmația contestatorului cu privire la utilizarea eficientă a fondurilor publice, autoritatea contractantă precizează că, la data prezentă, nu se poate vorbi despre utilizarea eficientă a fondurilor publice, întrucât propunerea sa financiară nu este cunoscută, procedura fiind la stadiul de analiză a documentelor de calificare și propunere tehnică.

În concluzie, autoritatea contractantă consideră că evaluarea ofertei depuse de către contestator, a fost corectă.

Întrucât prin adresa /....., înregistrată la CNSC sub nr. 8436/....., contestatorul solicită accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa nr. 9379/..... /31.03....., în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 01.04.....

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa / 04.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 9792/05.04....., SC SA a depus concluzii scrise și răspuns la punctul de vedere, prin care solicită respingerea excepției tardivității invocate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere și reiterează solicitarea din contestație.

Contestatorul solicită ca, în soluționarea excepției tardivității, să aibă în vedere faptul că s-a înaintat contestația, atât prin mijloace electronice, cât și în original, prin poștă, către CNSC și către autoritatea contractantă, la data de, respectiv în cadrul termenelor imperative și procedurale reglementate de prevederile legale relevante. În opinia sa, autoritatea contractantă cu rea-credință încearcă să inducă în eroare Consiliul atunci când susține că prezenta contestație a fost transmisă „atât către Consiliu, cât și către autoritatea contractantă la data de 24.03.2015”. Contestatorul menționează că înregistrarea contestației de către Consiliu și autoritatea contractantă la data de nu îi este imputabilă, câtă vreme prevederile legale nu impun ca destinatarul să primească contestația în termenul impus de lege, ci exclusiv ca aceasta să fie înaintată în termenul impus de lege.

Contestatorul precizează că, prin punctul de vedere, autoritatea contractantă reia argumentarea prezentată în cadrul comunicării rezultatului procedurii și consideră că revocarea deciziei de admitere a ofertei sale tehnice și respingerea acesteia în urma reevaluării ofertelor nu denotă decât intenția autorității contractante de a elimina cu orice preț oferta din cadrul procedurii. De altfel, această intenție reiese inclusiv din afirmațiile autorității contractante din punctul de vedere: „oricum procedura a fost viciată în mod grav prin acceptarea inițială a ofertei SC SA care, dacă comisia ar fi identificat neconformitatea la timp, oferta acestuia ar fi fost respinsă, iar astăzi nu am mai discuta despre acest aspect”.

În opinia contestatorului, procedura a fost viciată în prima fază, iar concluziile primul expert tehnic cooptat care a evaluat toate ofertele tehnice (inclusiv cele depuse de SC ... SRL și de SC SA) au fost profund eronate, încât singura ofertă ce a necesitat reevaluare de către noul expert tehnic a fost, în fapt, oferta SC SA. Aceasta deși, la nivel declarativ, autoritatea contractantă a apreciat oportună reevaluarea tuturor ofertelor, astfel cum rezulta din raportul procedurii (pag. 3), rapoartele de specialitate/09.03..... și nr. 2/16.03....., punctul de vedere (pag. 3).

Contestatorul consideră că se impune să puncteze cronologia reevaluării ofertei sale, care dovedește, din punctul său de vedere, premeditarea excluderii ofertei sale din procedură:

- la data de 29 februarie, Consiliul a comunicat părților Decizia nr. .../.../...../.....;
- la data de 9 martie, a fost desemnat noul expert cooptat, prin Dispoziția primarului 34/09.03.....;

- la aceeași dată de 9 martie, noul expert cooptat a semnat Declarația de confidențialitate și imparțialitate;
- la aceeași dată de 9 martie, noul expert cooptat a analizat pe îndelete oferta tehnică și financiară a SC SA, a întocmit și a semnat Raportul de specialitate/09.03....., înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 3229/41/09.03.....; acest Raport are 5 pagini, iar oferta tehnică și financiară analizată are 339 pagini;
- la aceeași dată de 9 martie, comisia de evaluare a întocmit Procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor, înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 3230/43/09.03.....; acest document are 5 pagini;
- la aceeași dată de 9 martie, comisia de evaluare a întocmit și a postat în SEAP (ora 12:25) Solicitarea de clarificări nr. 3231/09.03....., stabilind ca termen de răspuns data de 10.03....., ora 16:00;
- de abia la data de 16 martie noul expert cooptat a întocmit și semnat Raportul de specialitate nr. 2/16.03....., înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 45/16.03..... (cu privire la oferta tehnică);
- la aceeași dată de 16 martie, comisia de evaluare a întocmit Procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 2, înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 46/16.03..... (cu privire la îndeplinirea cerințelor de calificare);
- la data de 18 martie, comisia de evaluare a întocmit Procesul verbal al ședinței de evaluare a ofertelor nr. 3, înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 3866/48/18.03..... (ce a vizat inclusiv oferta tehnică);
- la data de 18 martie, comisia de evaluare a întocmit Raportul procedurii, înregistrat de autoritatea contractantă sub nr. 3867/49/ 18.03.....

Față de cele punctate mai sus, contestatorul apreciază că este imposibil ca expertul cooptat să analizeze oferta, să identifice „*neconformitatea*” invocată în această etapă de autoritatea contractantă și să întocmească raportul de specialitate în doar câteva ore. Ca urmare, susține:

- fie că Raportul de specialitate nu a fost în fapt întocmit de către noul expert cooptat;
- fie că membrii comisiei de evaluare și-au încălcat obligația de a păstra confidențialitatea asupra conținutului ofertelor, prevăzută de art. 74 alin. (1) din HG nr. 925/2006, caz în care aceștia răspund conform legii, disciplinar sau penal (art. 74 alin. (2) din HG nr. 925/2006).

Contestatorul consideră că, reevaluarea ofertei sale în cazul de față (care nu poate fi justificată în niciun caz prin prisma principiului tratamentului egal) demonstrează insistența autorității contractante de a elimina oferta din cadrul procedurii. Astfel de comportamente ale autorităților contractante au fost aspru criticate în jurisprudența anterioară a Consiliului, de ex., Decizia publicată în Buletinul Oficial 606/2015.

În ceea ce privește solicitarea de clarificări, contestatorul susține că a răspuns în mod complet și concludent și face trimitere la cele expuse în contestație.

Referitor la modificarea propunerii tehnice, contestatorul susține că, din punct de vedere juridic, față de punctul de vedere formulat de autoritatea contractantă, se impun cel puțin două observații:

- contrar celor susținute de autoritatea contractantă, clarificările transmise se încadrează în categoria viciilor de formă și abaterilor tehnice minore;
- autoritatea contractantă nu poate invoca prin punctul de vedere noi motive pentru a justifica decizia de respingere a ofertei.

Contestatorul consideră că neconcordanțele sesizate de autoritatea contractantă cu privire la graficul de execuție a lucrărilor reprezintă vicii de formă sau abateri tehnice minore, în sensul prevăzut de art. 79 alin. (2) lit. a) și b) din HG nr. 925/2006, iar prin corectarea acestora nu se modifică oferta financiară și, implicit, nici clasamentul ofertanților participanți și nici nu se crează vreun avantaj nejustificat. De altfel, deși autoritatea contractantă se mărginește la a susține că clarificările nu sunt susținute de propunerea tehnică, aceasta omite că poate fi vorba de vicii de formă sau abateri tehnice minore, chiar și atunci când clarificările nu au corespondent în oferta tehnică inițială, după cum prevede art. 80 alin. (3) și alin. (4) din HG nr. 925/2006. Legislația permite, așadar, chiar corectarea unor abateri din propunerea tehnică, atât timp cât acestea nu conduc la depunerea unei noi oferte; or, în niciun caz nu se poate susține că clarificarea unor denumiri de etape din graficul de execuție ar putea conduce la depunerea unei noi oferte; mai mult, aceasta clarificare nu se încadrează în niciuna dintre cele patru situații de modificare a propunerii tehnice ce nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale, întrucât:

- a) clarificarea nu poate fi cuantificată teoretic în valoare monetară și, prin urmare, nu conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale ordonanței de urgență care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;
- b) în urma clarificării, nu se schimbă clasamentul ofertanților;
- c) clarificarea nu presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială;
- d) clarificarea nu vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații.

Contestatorul precizează că argumentele autorității contractante referitoare la așa-zisa nerespectare a caietului de sarcini (*„propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini, ori în cazul de față rezultă clar că contestatorul nu le-a respectat și nici nu și le asumă”*) nu se circumscriu nici situației de fapt invocate prin comunicarea rezultatului procedurii, și, nu reprezintă motive de excludere din cadrul procedurii în temeiul art. 79 alin. (1) și (2) din HG nr. 925/2006. Prin urmare, consideră că aceste argumente nu pot fi reținute pentru excluderea ofertei sale, cu atât mai mult cu cât, autoritatea contractantă nu a

aplicat dispozițiile imperative ale art. 207 alin. (2) lit. b) din OUG nr. 34/2006, respectiv nu a indicat prin comunicare care sunt acele cerințe de funcționare și performanță prevăzute în caietul de sarcini care nu au fost respectate prin Graficul de execuție. Pe cale de consecință, contestatorul solicită Consiliului înlăturarea de la analiza prezentei spețe a tuturor acelor motive aduse în susținerea deciziei de excludere ulterior momentului adoptării deciziei și a actului de comunicare a acestei decizii.

Contestatorul subliniază faptul că, din punct de vedere tehnic, susținerile autorității contractante din cadrul punctului de vedere sunt complet contradictorii: pe de o parte, autoritatea contractantă susține că *„Referitor la execuția acostamentelor și rigolelor naturale conform graficului acestea s-au indicat a se executa după realizarea îmbrăcăminții asfaltice, ceea ce tehnologic nu este posibil”* (pag. 9), argumentând astfel că acostamentele trebuie executate anterior realizării îmbrăcăminții asfaltice, iar pe de altă parte, autoritatea contractantă afirmă că *„nu există posibilitatea tehnologică de a realiza acostamentele (...) atâta vreme cât partea carosabilă respectiv fundațiile și îmbrăcămintea asfaltică nu sunt realizate”* (pag. 9), argumentând astfel că acostamentele trebuie executate ulterior realizării îmbrăcăminții asfaltice. Totodată, în cadrul aceleiași pagini din punctul de vedere, autoritatea contractantă face trimitere la caietul de sarcini nr. 4 - Execuția straturilor de bază din piatra spartă, unde se precizează: *„Acolo unde stratul de bază nu se realizează pe întreaga lățime a platformei acostamentele vor fi completate și compactate simultan cu execuția stratului de bază, astfel încât acesta să fie permanent încadrat de acostamente”*. Având în vedere faptul că stratul de bază al unui sistem rutier este fundația drumului, rezultă că autoritatea contractantă argumentează că acostamentele trebuie executate înainte de realizarea îmbrăcăminții asfaltice.

Față de cele de mai sus, contestatorul învederează Consiliul că a executat lucrări în localitatea, în cadrul obiectivului „Reabilitare drumuri comunale din comuna, jud.”, în calitate de subcontractant al societății SC ... SRL, în temeiul contractului de subantrepriză nr. 3578/11.09.2015. Prin urmare, argumentarea autorității contractante, în sensul nerespectării tehnologiei corecte de execuție a drumurilor, în contextul în care aceasta a fost beneficiară a unor lucrări în care s-a demonstrat că se înțelege tehnologia corectă de execuție a drumurilor și se aplică în mod corespunzător, demonstrează încă o dată reaua-credință cu care autoritatea contractantă a evaluat oferta.

Referitor la afirmațiile autorității contractante potrivit cărora aceasta are dreptul, și nu obligația de a solicita clarificări, contestatorul consideră că nu pot fi reținute de Consiliu, întrucât, astfel cum s-a demonstrat pe larg în cadrul contestației (paragrafele 41-44), în situația în care există incertitudini cu privire la admisibilitatea ofertei, dreptul

autorității contractante de a solicita clarificări devine o veritabilă obligație.

Prin adresa înregistrată la CNSC cu /07.04....., SC SA formulează cerere de intervenție, în principal în interes propriu și în subsidiar în interesul COMUNEI, solicitând: respingerea contestației formulate și menținerea rezultatului procedurii.

În urma analizării adresei înregistrată la CNSC cu 0211/07.04....., depusă de SC SA, raportat la contestație, Consiliul o califică ca fiind o cerere de intervenție în interes propriu și o admite în principiu, conform art. 65 alin. (1) din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006.

În ceea ce privește cererea de intervenție principală, SC SA invocă dispozițiile art. 61 alin. (1) și (3) din C. pr. civ. și precizează că urmărește să își protejeze dreptul dobândit în urma procedurii de achiziție publică, adică dreptul de a semna contractul de achiziție publică cu autoritatea contractantă la prețul oferit acesteia, de 1.549.232,57 lei, fără TVA și de a dobândi profitul preconizat ca urmare a executării respectivului contract. Contestatorul susține că, în această calitate, are un drept propriu, distinct de cel al autorității contractante, întrucât există pericolul ca aceasta fie să nu se apere corespunzător în fața CNSC cu privire la contestația formulată, fie, în măsura în care CNSC ar admite această contestație, să își însușească punctul de vedere al CNSC fără a mai formula plângere împotriva deciziei respective.

Intervenientul face trimitere la prevederile art. 49 alin. (3) C. pr. civ. și apreciază cererea de intervenție în interesul COMUNEI (accesorie) admisibilă întrucât există un interes comun, respectiv acela de a se constata de către CNSC legalitatea procedurii de atribuire și, pe cale de consecință, respingerea contestației în cauză.

În opinia intervenientului, faptul că oferta contestatorului a fost declarată conformă în cadrul primei evaluări, nu are nicio relevanță asupra rezultatului procedurii în urma celei de-a doua evaluări, realizată în urma Deciziei CNSC. Nu are relevanță dacă oferta contestatorului a fost declarată conformă în cadrul primei evaluări a ofertelor, câtă vreme CNSC a solicitat autorității contractante să realizeze o nouă evaluare a ofertei depuse. O astfel de reevaluare nu se realizează punctual, exclusiv cu privire la aspectul pe care CNSC l-a considerat a fi fost nelegal, întrucât cu privire la acel aspect, autoritatea contractantă nu poate decât să ia act de Decizia CNSC. De altfel, dacă s-ar accepta punctul de vedere al contestatorului, ar însemna că după soluționarea de către CNSC a unei astfel de contestații, autoritatea contractantă nu ar avea altă atribuție decât pe aceea de a dispune în sensul declarării ofertei contestatorului ca fiind câștigătoare. O astfel de abordare este în contradicție cu prevederile art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006.

Intervenientul consideră că celelalte aspecte invocate de către contestator, legate de Raportul de specialitate al expertului cooptat, nu au nicio relevanță în cauză, cu atât mai mult cu cât motivul pentru care a

fost descalificată oferta a fost acela că și-a modificat oferta, realizând, pe de-o parte, că este necesar ca lucrările privind stratul de balast și piatră spartă de pe drumurile laterale să se realizeze concomitent cu cele privind stratul de balast și piatră spartă de pe drumul principal, iar pe de altă parte, că nu poate justifica tehnologic realizarea lucrărilor de acostamente după turnarea asfaltului. Jurisprudența este constantă în legătură cu faptul că în cazul reevaluării ofertelor în urma primirii unei contestații, autoritatea contractantă poate declara una sau mai multe oferte drept neconforme, chiar dacă în prima fază le-a considerat conforme. Astfel, sunt elocvente, de exemplu, Decizia Civilă nr. 6704 din 16 octombrie 2012 a Curții de Apel Alba Iulia, Secția de contencios administrativ și fiscal și Decizia civilă nr. 2077 din 6 octombrie 2011 a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal.

Intervenientul apreciază că reevaluarea ofertei contestatorului s-a realizat în limitele stabilite de Decizia CNSC. Pasajul din Decizie, citat de către contestator, se referă la obligația autorității contractante de a reevalua oferta acestuia ținând seama de faptul că nu există motive de descalificare a ofertei ca urmare a modului în care a fost demonstrată experiența responsabilului de contract. Acesta este singurul aspect cu privire la care s-a pronunțat CNSC. În rest, autoritatea contractantă are nu numai dreptul, ci și obligația, așa cum s-a arătat mai sus, de a reanaliza oferta contestatorului din toate punctele de vedere.

Intervenientul susține că, prin contestația formulată, contestatorul recunoaște, practic, că a modificat propunerea tehnică depusă în cadrul procedurii, însă susține că aceste modificări sunt vicii de formă sau abateri tehnice minore, în sensul prevăzut de art. 79 alin. 2 lit. a) și b) din HG nr. 925/2006.

Raportat la cele expuse în motivarea contestației, intervenientul remarcă faptul că orice critică referitoare la conținutul documentației de atribuire este tardivă, astfel încât nu poate fi primită ipoteza prezentată de către contestator, în care ar fi fost permisă schimbarea denumirii Obiectelor. Deasemenea, mai remarcă și faptul că, prin răspunsul la clarificări, astfel cum recunoaște chiar contestatorul, aceasta a modificat, în mod clar, Graficul de execuție inițial, tocmai pentru că a realizat, pe de-o parte, că este necesar ca lucrările privind stratul de balast și piatră spartă de pe drumurile laterale să se realizeze concomitent cu cele privind stratul de balast și piatră spartă de pe drumul principal, iar pe de altă parte, că nu poate justifica tehnologic realizarea lucrărilor de acostamente după turnarea asfaltului, astfel cum a precizat în oferta inițială. 38. În acest mod, dacă s-ar ține cont de aceste modificări, contestatorul și-ar crea un avantaj competitiv întrucât, în lipsa acestor modificări ale ofertei inițiale, care nu pot constitui nici vicii de formă și nici abateri tehnice minore, oferta sa ar fi fost declarată neconformă cu cerințele caietului de sarcini. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul ar fi trebuit să prezinte mecanismul tehnologic care îi permite să realizeze acostamentul după turnarea asfaltului, astfel cum i

s-a solicitat, iar nu să precizeze că acostamentul, de fapt, se realizează înainte de turnarea asfaltului. Acceptarea punctului de vedere al contestatorului, în sensul că modificarea soluțiilor tehnice cu ocazia răspunsului la clarificări reprezintă corectare de vicii de formă sau abateri tehnice minore, ar însemna să fie golită de conținut instituția anulării ca neconforme a ofertelor pentru acest considerent și să nu se respecte principiul egalității de tratament care trebuie să guverneze materia achizițiilor publice. Într-o astfel de ipoteză, numai modificarea ofertei financiare ar fi considerată motiv de descalificare a ofertei. Or, legiuitorul, pe drept cuvânt, nu distinge în acest mod.

Intervenientul consideră netemeinice și alegațiile contestatorului referitoare la obligația autorității contractante de a solicita clarificări și la încălcarea principiilor proporționalității și eficienței utilizării a fondurilor. Astfel, autoritatea contractantă a solicitat clarificări, iar contestatorul, în loc să lămurească aspectele neclare, a procedat la modificarea ofertei tehnice inițiale. Această modificare a ofertei nu doar dă dreptul, ci chiar impune autorității contractante descalificarea ofertei, conform art. 81 din HG nr. 925/2006. Prin urmare, este evident că măsura a fost luată cu respectarea principiului proporționalității. Principiul proporționalității a fost respectat și din perspectiva termenului care a fost acordat pentru a se răspunde la clarificări, termenul scurt fiind urmare a obligației autorității contractante de a respecta Decizia CNSC, prin care a fost obligată să întocmească un nou raport al procedurii în termen de 10 zile de la primirea acesteia.

Întrucât în cadrul cererii de intervenție înregistrată la CNSC sub / 07.04....., SC SA solicită accesul la dosarul cauzei, Consiliul i-a transmis în acest sens adresa /..... /07.04....., în care se menționează termenul limită de studiere, precum și de depunere de concluzii scrise, acesta prezentându-se în data de 08.04.....

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa / 04.04....., înregistrată la CNSC sub nr. 9792/05.04....., intervenientul a depus concluzii scrise în care reiterează aspectele din cererea de intervenție.

Față de cele expuse în cererea de intervenție, intervenientul consideră că SC SA și-a modificat oferta tehnică inițială prin două aspecte:

- pe de o parte, prin răspunsul la solicitările de clarificări, a precizat că va realiza straturile din balast și piatră spartă pe drumurile laterale concomitent cu cele de pe drumul principal, în timp ce graficul de execuție din oferta tehnică inițială menționează că acestea vor fi executate după realizarea tuturor lucrărilor la drumul principal, inclusiv după realizarea îmbrăcămînții rutiere;
- pe de altă parte, prin răspunsul la solicitările de clarificări, a precizat că rigolele naturale se vor executa înaintea realizării îmbrăcămînții rutiere și că acostamentele se vor executa după așternerea asfaltului, pe când în oferta inițială, contestatorul a menționat prin graficul de execuție că

acostamentele și rigolele naturale se vor executa înaintea îmbrăcăminții rutiere.

Ca urmare, intervenientul consideră că ofertantul contestator a schimbat ordinea de execuție a straturilor din balast și piatră spartă, precum și a acostamentelor, iar nicidecum nu a corectat numai denumirea unor etape de execuție, în condițiile în care graficul de execuție reprezintă un element important al ofertei tehnice inițiale. Modificarea succesiunii etapelor de execuție consemnate în acesta este substanțială, așa încât nu poate constitui un simplu viciu de formă sau o abatere tehnică minoră în sensul prevăzut de art. 79 alin. 2 lit. a) și din HG nr. 925/2006, așa cum susține în mod greșit contestatorul prin contestația și concluziile scrise formulate în prezenta cauză.

Intervenientul menționează că modificarea ofertei inițiale prin răspunsul la solicitările de clarificări a fost constatată de dna. expert prin raportul de specialitate: *„Operatorul economic prin răspunsul prezentat modifică conținutul propunerii tehnice, respectiv conținutul graficului de execuție prin schimbarea succesiunii de execuție a etapelor lucrării. Se modifică ordinea de execuție a acostamentelor, respectiv a straturilor din balast și piatră spartă de pe drumurile laterale, față de ordinea prezentată inițial prin oferta depusă”* (pag. 9 din raport). Astfel, în cazul în care s-ar lua în considerare aceste modificări, este clar că societatea contestatoare și-ar crea un avantaj competitiv și s-ar înfrânge principiul tratamentului egal garantat de dispozițiile art. 2 din OUG nr. 34/2006.

Intervenientul precizează că, în concret, din ansamblul ofertei tehnice inițiale nu se poate deduce că ofertantul contestator a prezentat aceeași ordine de execuție a lucrărilor ca cea din răspunsul la solicitarea de clarificări, pentru a considera că modificările aduse reprezintă vicii de formă, având în vedere că în speță nu este vorba despre erori în legătură cu care să se regăsească, totuși, informația corectă, în documentele depuse inițial. Cu atât mai mult, nu se poate admite că prin răspunsul la solicitările de clarificări contestatorul a dorit să completeze sau să corecteze ordinea de execuție a straturilor de balast și piatră spartă, respectiv cea a acostamentelor, câtă vreme succesiunea de execuție a acestora a fost schimbată total, iar răspunsul la solicitările de clarificări contrazice în mod vădit graficul de execuție din propunerea tehnică.

Intervenientul arată că, prin concluziile scrise, contestatorul a susținut că autoritatea contractantă a evaluat cu rea-credință oferta tehnică depusă de aceasta, deși în trecut a mai executat lucrări cu aceasta în temeiul unui contract de subantrepriză încheiat cu SC ... SRL, la data de 11 septembrie 2015. Intervenientul susține că, față de acest contract, la data de 19 noiembrie 2015, contestatorul a denunțat unilateral contractul de subantrepriză încheiat cu SC ... SRL, întrucât se afla în imposibilitatea de a-și executa propriile obligații contractuale. Mai mult decât atât, după denunțarea unilaterală a acestui contract, SC ... SRL a optat să încheie un contract de subantrepriză cu SC SA în vederea finalizării lucrărilor începute.

Intervenientul consideră că prezentarea în graficul de execuție a podețelor transversale după ce au fost realizate, în proporție de aproximativ 80%, toate lucrările de terasamente denotă nu numai un comportament superficial al contestatorului în ceea ce privește executarea lucrărilor, ci chiar o lipsă de pricepere tehnică, având în vedere că din graficul de execuție se înțelege că după ce au fost realizate lucrările de balastare și așternere de piatră spartă, constructorul se întoarce la pozițiile kilometrice prevăzute în Proiectul tehnic 114/2015 și sparge lucrările efectuate, sapă și realizează lucrările necesare pentru executarea podețelor. O astfel de modalitate de realizare a podețelor transversale este în mod vădit atehnică, întrucât lucrările și podețele transversale se execută intercalat cu lucrările de terasamente, fapt ce ar fi trebuit să fie prezentat în graficul de execuție. Ca urmare, apreciază că ar fi absurd ca un procedeu incorect din punct de vedere tehnic să fie considerat abatere tehnică minoră, așa cum încearcă să interpreteze contestatorul.

Prin adresa /11.04....., înregistrată la CNSC sub / 13.04....., SC SA a transmis răspuns la cererea de intervenție și concluzii scrise depuse de SC SA.

În mare parte, contestatorul reia argumentația din contestație și din concluziile sale scrise.

În ceea ce privește interpretarea propusă de intervenient cu privire la reevaluarea ofertei, contestatorul consideră că acest raționament ar presupune un șir nesfârșit de invocare de motive de respingere a unei oferte, urmate de contestatoare și reevaluare, până la epuizarea tuturor posibilelor astfel de motive.

Contrar susținerilor intervenientului, contestatorul afirmă că nu a criticat „conținutul documentației de atribuire” la nici un moment, ci doar a fost invederată autoritatea contractantă de faptul că denumirea activităților prezentate în coloana a graficului fizic pag. 225 din cadrul propunerii tehnice, respectă întocmai denumirea activităților impusă în „Formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte” din documentația de atribuire. În acest sens, au fost confundate denumirile obiectelor din centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte, cu lista operațiunilor din graficul de execuție, dat fiind că denumirile obiectelor sunt deosebit de asemănătoare.

Contestatorul solicită Consiliului să constate inadmisibilitatea criticii noi introduse de intervenient în cadrul concluziilor scrise, întrucât asemenea critici, prin care sunt atacate chiar actele adoptate de autoritatea contractantă pe parcursul evaluării ofertelor, ar putea fi formulate exclusiv pe calea unei contestații sau a unei cereri de intervenție principală. Mai mult decât atât, noul motiv de neconformitate invocat este nefondat deoarece explicațiile date sunt lipsite de fundament tehnic. Execuția podețelor intercalată cu execuția terasamentelor conduce la deteriorarea podețelor, datorată circulației autobasculantelor încărcate cu balast/ piatră spartă, a utilajelor, etc.

Circulația în mod direct peste elementele prefabricate este interzisă până la execuția fundației sistemului rutier, având în vedere rolul fundației. Execuția podețelor nu presupune „o spargere a lucrărilor efectuate”, astfel cum susține intervenientul, ci execuția controlată a unor săpături de dimensiuni cât mai mici și mai apropiate de cele ale podețului proiectat.

Prin adresa /14.04....., înregistrată la CNSC sub / 15.04....., intervenientul a depus concluzii scrise cu privire la aspectele de noutate invocate de contestator prin răspunsul la cererea de intervenție și concluziile scrise depuse în data de 11.04.....

Intervenientul susține că, indiferent de natura juridică a intervenției, are posibilitatea de a invoca aspecte noi de nelegalitate care nu au fost observate de autoritatea contractantă.

Cu privire la caracterul fondat al noului motiv de neconformitate al ofertei contestatorului, intervenientul apreciază că procedura de executare prezentată de acesta, nu respectă cerințele caietului de sarcini nr. 2, dar și nr. 7, respectiv nu a ținut cont de faptul că, proiectantul a prevăzut podețele din tuburi de tip Premo, care la punerea în operă sunt din beton ajuns la maturitate, ceea ce se poate circula peste acestea. Mai mult decât atât, execuția lucrărilor așa cum arată contestatorul determină cheltuieli suplimentare.

Intervenientul afirmă că linia roșie a drumului se stabilește în momentul lucrării, iar la momentul execuției podețelor se cunoaște poziția liniei roșii a drumului, fapt care exclude posibilitatea demolării podețelor proaspăt executate din cauza unei modificări a liniei roșii.

Prin adresa /15.04....., înregistrată la CNSC sub / 18.04....., contestatorul a depus Note scrise prin care solicită Consiliului respingerea ca nefondate și netemeinice argumentele intervenientului din adresa /14.04..... Astfel, referitor la: reevaluarea ofertelor ca urmare a unei decizii a Consiliului, la criticile cu privire la ordinea de execuție a podețelor, la motivele noi de neconformitate, SC SA reiterează aspectele din contestație și din adresele 711/04.04..... și 721/ 11.04....., înregistrate la CNSC sub nr. 9792/05.04..... și 0890/ 13.04.....

În plus față de acestea, contestatorul arată că, potrivit paragrafului 5.7 din Caietul de sarcini nr. 2, paragraf pe care însuși intervenientul îl invocă: „De asemenea, se vor stabili amplasamentele elementelor pentru colectarea și evacuarea apelor.”, rezultă că proiectantul menționează că „se vor stabili amplasamentele” (se vor determina, fixa) și nicidecum că se vor executa podețele. De altfel, este falsă afirmația intervenientului în sensul în care „totodată, este specificat că lucrările de podețe se execută anterior lucrărilor de terasamente și nu după acestea”, întrucât în caietul de sarcini nr. 2 nu există o asemenea specificație. Mai mult, în caietul de sarcini nr. 2 (cap. 4 - Lucrări pregătitoare, subcap. 4.1), se specifică următoarele: „Înainte de

începerea lucrărilor de terasamente se execută următoarele lucrări pregătitoare: Asanarea zonei drumului prin îndepărtarea apelor de suprafață și de adâncime; după caz se va recurge și la șanțuri de gardă". Prin urmare, contrar susținerilor intervenientului, anterior execuției terasamentelor, se realizează lucrările provizorii de evacuare a apelor de suprafață (asanare sau execuție șanțuri de gardă), și nu podețele proiectate.

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

COMUNA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, prin cerere de oferte, desfășurată prin mijloace electronice, în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect: „.....”, cod CPV 45233120-6, prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr./....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform invitației de participare, criteriul de atribuire stabilit este „oferta cea mai avantajoasă d.p.d.v. economic”, iar valoarea estimată a contractului este 1.580.176,51 lei.

În conformitate cu prevederile art. 66 din Codul de Procedură Civilă, coroborat cu art. 297 din OUG nr. 34/2006, Consiliul va analiza cererea de intervenție formulată de SC SA împreună cu contestația formulată de SC SA.

Conform prevederilor art. 278 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, Consiliul trebuie să se pronunțe mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când se constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei.

Referitor la excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă față de contestația aparținând SC SA, Consiliul va reține că, potrivit art. 271 alin. (1) din OUG nr. 34/2006, „sub sancțiunea respingerii contestației ca tardivă, aceasta se înaintează atât Consiliului, cât și autorității contractante, nu mai târziu de expirarea termenelor prevăzute la art. 2562. Contestatorul va atașa la contestație și copia actului atacat, în cazul în care acesta a fost emis, precum și copii ale înscrisurilor prevăzute la art. 270 alin. (1), dacă acestea sunt disponibile”.

Consiliul va reține faptul că transmiterea contestației prin e-mail a avut loc la data de 23.03.2015, atât la CNSC cât și la autoritatea contractantă astfel cum rezultă din raportul e-mail depus la dosar de către autoritatea contractantă aflat la fila 15 din cadrul dosarului achiziției.

Având în vedere cele de mai sus, Consiliul va respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă.

Pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor s-a aflat dosarul /....., soluționat prin decizia nr. .../.../..... din data de prin care s-a dispus: „admite contestația formulată de SA, în contradictoriu cu COMUNA, a anulat raportul nr.

28/22.01....., în partea ce privește oferta contestatoarei și cea declarată câștigătoare, comunicările transmise contestatoarei și câștigătoarei și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SA și la stabilirea rezultatului procedurii, cu întocmirea unui nou raport al procedurii, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei. Comunicările privind rezultatul procedurii se vor transmite cu respectarea termenului legal prevăzut, operatorilor economici implicați. În conformitate cu art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante formulată de SC SA și o respinge”. Împotriva acestei decizii nu s-a formulat plângere la Curtea de Apel.

Prin decizia nr. .../.../..... din data de, Consiliul a dispus reevaluarea ofertei prezentate de SA și emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire, în termen de 10 zile de la data primirii prezentei decizii, după reevaluarea ofertelor, autoritatea va comunica operatorilor economici implicați rezultatul procedurii.

În vederea punerii în aplicare în mod corect, autoritatea contractantă prin Dispoziția primarului 31/07.03....., a anulat raportul procedurii nr. 28/22.01..... și a dispus reevaluarea ofertelor depuse.

Prin Dispoziția primarului 34/09.03..... s-a constituit comisia de reevaluare și a fost desemnat un nou expert cooptat, care a întocmit raportul de specialitate nr. 3229/41/09.03..... în cadrul căruia a apreciat că sunt necesare calificarea anumitor elemente ale ofertei depuse de SC SA, raport însușit de către membrii comisiei de evaluare în cadrul procesului verbal al ședinței de reevaluare a ofertelor înregistrat cu nr. 3230/43/09.03.....

Prin adresa nr. 3231/09.03....., comisia de evaluare a solicitat contestatorului clarificări printre altele „vă rugăm să precizați dacă stratul de balast respectiv piatră spartă pe drumurile laterale se vor realiza concomitent cu straturile din balast și piatră spartă de pe drumul principal. Vă rugăm justificați tehnologic realizarea lucrărilor de acostamente și rigole naturale înaintea realizării îmbrăcăminții rutiere (conform grafic de execuție prezentat)”.

Având în vedere decizia nr. .../.../..... din data de prin care s-a dispus reevaluarea ofertei depuse de contestator, autoritatea contractantă constată că nici verificarea propunerii tehnice depuse de către SC SA efectuată potrivit prevederilor art. 72 alin. (2) lit. f) din HG nr. 925/2006 nu s-a făcut cu rigurozitatea impusă de lege sens în care, în cadrul procesului verbal al ședinței de reevaluare a ofertelor încheiat la data de 09.03..... decide reevaluarea ofertei SC SA și solicitarea de clarificări antemenționate.

Reanalizând propunerea tehnică, autoritatea contractantă a reținut faptul că aceasta are anumite neconcordanțe, motiv pentru care în mod corect a uzat de prevederile art. 201 din OUG nr. 34/2006 coroborat cu art. 78 din HG nr. 925/2006, respectiv de dreptul de a solicita clarificări

oricând pe parcursul analizării și verificării documentelor prezentate de ofertanți pentru demonstrarea conformității ofertei cu cerințele solicitate.

Față de aceste aspecte, criticile contestatorului cu privire la legalitatea adresei de solicitare de clarificări urmează să fie respinse ca neîntemeiate, deoarece în urma reevaluării ofertelor pot fi descoperite și alte neconformități ale ofertelor depuse, însă important este să nu fie neglijate pe cele constatate la prima evaluare.

Prin anularea raportului procedurii și dispunerea de către Consiliu a reevaluării ofertei SC SA, autoritatea contractantă a avut obligația de a relua procedura de atribuire de la etapa de verificare a documentelor depuse de acesta pentru demonstrarea îndeplinirii cerințelor de calificare, iar potrivit principiului repunerii în situația anterioară „restitutio in integrum”, a ajuns în situația în care această etapă nu s-ar fi încheiat/derulat.

Consiliul nu poate reține în soluționarea dosarului nici susținerile contestatorului cu privire la faptul că „oferta subscrisei a fost declarată conformă în cadrul primei evaluări a ofertelor” și nici cele referitoare la „limitele reevaluării au fost stabilite prin Decizia CNSC” având în vedere faptul că prin contestația /27.01....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. /28.01....., înaintate de SC SA, Consiliul a fost investit doar cu verificarea legalității motivului de respingere a ofertei depuse de SC SA referitor la cerințele cu privire la personal. Rezultă fără putință de tăgadă faptul că CNSC a analizat și s-a pronunțat doar asupra aspectelor cu care a fost legal investit.

Astfel, Consiliul nu a constatat cu putere de lucru judecat admisibilitatea ofertei depuse de SC SA.

Cu privire la raționamentul contestatorului, Consiliul apreciază că el este unul eronat, dat fiind că premisa principală pe care se fundamentează este una invalidă. Astfel, în logica contestatorului, reevaluarea completă a ofertei sale nesocotește decizia Consiliului cel puțin prin prisma neagravării situației sale în propria cale de atac. Însă, este sesizabil încă de la început că, Consiliul nu a fost investit vreodată cu declararea sau constatarea admisibilității, sub toate aspectele, a ofertei sale, situație pentru care acesta nici nu s-a pronunțat în această privință. Nefiind statuat nimic pe această temă, este clar că nu poate exista autoritate de lucru judecat în legătură cu admisibilitatea ofertei contestatorului.

Mai mult, declararea admisibilității sau neconformității unei oferte este un atribut exclusiv al autorității contractante.

SC SA încearcă să deducă autoritatea de lucru judecat în privința conformității ofertei sale pe cale de consecință, tocmai din faptul că CNSC nu a analizat-o, ceea ce este dincolo de lege și de principiile dreptului român. Autoritate de lucru judecat există doar asupra a ceea ce a judecat și stabilit Consiliul / instanța, iar nu asupra a ceea ce nu a fost soluționat / judecat de acesta. Faptul că oferta contestatorului

îndeplinește o anumită cerință impusă de autoritate, verificată de Consiliu, nu înseamnă automat că ea le îndeplinește și pe celelalte sau că autoritatea nu ar trebui să le mai verifice.

Niciodată SC SA nu a solicitat constatarea admisibilității în integritate a ofertei sale. De altminteri, autoritatea de lucru judecat vizavi de admisibilitatea ofertei contestatorului nici nu poate intra în discuție în contextul în care Consiliul a dispus expres, prin dispozitiv, reevaluarea ofertei sale, sub toate aspectele.

Consiliul în cadrul deciziei nr. .../.../..... din data de a dispus expres, prin dispozitiv, reevaluarea ofertei contestatorului, astfel încât SC SA nu are de ce să se plângă de reevaluarea propriei oferte. Din moment ce nici Consiliul nu a limitat în vreun fel cadrul reevaluării înseamnă că reevaluarea trebuie să acopere verificarea ofertei în toate privințele.

Nu transpare de nicăieri că Consiliul ar fi interzis reevaluarea completă a ofertei SC SA, ci dimpotrivă. Cum nu este făcută această distincție de către Consiliu, emitent al deciziei, evident că nici autoritatea contractantă nu o putea face.

Separat de cele de mai sus, obiecția contestatorului care vizează nerespectarea de către autoritate a deciziilor Consiliului, mai precis depășirea cadrului reevaluării ordonate de instanță și Consiliu, nu poate fi reținută ca întemeiată și din următoarele considerente:

Din simpla lecturare a deciziei invocate se constată că, Consiliul nu a restricționat reevaluarea impusă autorității la anumite elemente ale ofertelor. Dispozitivul este limpede în sensul reevaluării complete: „obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertei prezentate de SA și la stabilirea rezultatului procedurii, cu întocmirea unui nou raport al procedurii”.

Este adevărat că cercetarea efectuată de către Consiliu și, în consecință, argumentația expusă în motivarea deciziei au vizat doar anumite elemente ale documentelor de calificare, însă niciunde în cuprinsul deciziei Consiliul nu a limitat întinderea măsurii de remedii a reevaluării ofertelor. Cele statuate de Consiliu în decizia sa au fost circumscrise aspectelor în divergență cu care a fost sesizată și, prin urmare, era firesc ca în cuprinsul deciziei să nu se facă referire la orice neconformitate sau abatere a ofertelor în contextul în care ea nu i-a fost supusă analizei. Faptul că reevaluarea și-a avut la origine una sau mai multe deficiențe de la lege, reținute de Consiliu în decizie, nu presupune „*ipso facto*” că autorității i-ar fi interzisă o reevaluare atentă și completă a ofertelor operatorilor implicați. Dimpotrivă, pentru a se preveni o nouă evaluare greșită, respectiv o nouă încălcare a normelor legale, îi era obligatorie comisiei responsabile desemnată de către autoritate verificarea completă a ofertelor rămase în competiție.

Cum CNSC nu a interzis evaluarea totală a respectivei oferte, autorității contractante nu numai că îi era permisă, ci îi era chiar impusă de lege. Nu se putea declara o ofertă admisibilă și ulterior câștigătoare

știindu-se că ea nu respectă unele condiții impuse în documentația de atribuire, sub pretextul că nu s-ar mai putea verifica acele condiții.

Trebuie subliniat faptul că nici nu intră în competența Consiliului să interzică autorității contractante reevaluarea totală legală a calificării ofertantului și a conformității ofertei sale, întrucât ar însemna să interzică autorității să își îndeplinească obligațiile pe care i le atribuie legislația pe linie de achiziții publice și pentru care ea răspunde (ar însemna ca autoritatea să nu poată respinge o ofertă inacceptabilă sau neconformă pe motivele întemeiate și legale pe care le cunoaște doar sub pretextul că ele nu au fost examinate de instanță/Consiliu, care ar ajunge să i se substituie astfel în atribuții autorității).

Revine autorității contractante responsabilitatea pentru admiterea și declararea câștigătoare a unei oferte, context în care tot ea este ținută să verifice admisibilitatea și conformitatea ei sub orice fel de detaliu, în caz contrar riscând a declara admisibilă/ câștigătoare o ofertă care nu îndeplinește condițiile impuse (inacceptabilă sau neconformă), situație care atrage răspunderea juridică a autorității pentru rezultatul nelegal (cât și a funcționarilor săi vinovați).

Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal, în decizia nr. 2445 din 13 septembrie 2011, a precizat că *„dispozițiile ordonanței permit numai verificarea legalității actelor de achiziție publică, atât în procedura administrativ-jurisdicțională, cât și în căile de atac judiciare, fără a permite substituirea organului jurisdicțional sau instanței de contencios administrativ în atribuțiile autorității contractante, reglementate de dispozițiile normative din materie”*.

În concluzie, este eronată părerea pe care o exprimă contestatorul, în sensul că autorității îi era interzisă evaluarea completă a ofertei sale.

Pe de altă parte, nu trebuie omis faptul că, CNSC a anulat în întregime partea din raportul procedurii de atribuire cu privire la oferta contestatorului și cea declarată câștigătoare și a dispus întocmirea unui nou, ceea ce însemna pentru autoritate ca membrii comisiei de evaluare să își reverifice concluziile asumate prin partea de raport (anulat), astfel încât să fie convinși că noul raport pe care îl vor semna corespunde în toate privințele realității factuale și literei legii. Este de neînchipuit că vreo instanță, vreodată, ar putea cenzura voința membrilor din comisia de evaluare de a reverifica temeinic și cu atenție ofertele, astfel încât să elimine orice risc de a săvârși o greșeală în etapa de reevaluare a ofertelor.

Orice decizie a comisiei de evaluare privind admiterea sau respingerea unei oferte, trebuie fundamentată pe o evaluare legală și temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia. Pe de altă parte, dacă nu ar fi pe deplin convinsă de admisibilitatea ofertei sau, chiar, știind că oferta nu este admisibilă, autoritatea nu ar reanaliza-o în amănunt, ci s-ar mărgini să se bazeze pe o veche evaluare, atunci nu numai că nu și-ar respecta propriile obligații și ar comite o neglijență în serviciu, ci ar

putea fi suspectată/acuzată de favorizarea ofertantului respectiv, cu eventuale implicații în planul dreptului penal.

Prin urmare, la reevaluarea ofertei contestatorului autoritatea contractantă trebuie să reverifice în integritate și cu maximă atenție oferta, astfel încât să se asigure că nu i-a scăpat neverificat niciun element dintre cele prestabilite. Orice alt comportament, manifestat de autoritate din motive de ignoranță, de neștiință sau de rea-intenție, încalcă atât principiul legalității actelor administrației publice, cât și principiul precauției administrației publice.

Declararea drept admisibilă a unei oferte în contextul în care ea nu îndeplinește toate condițiile pentru a fi considerată admisibilă conduce, evident, și la încălcarea prevederilor privind principiul tratamentului egal în procedura achizițiilor publice [art. 2 alin. (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 34/2006].

Deficiențele unei oferte nu pot fi indiferente autorității contractante în etapa de reevaluare, unde chiar și cea mai mică suspiciune trebuie înlăturată și înlocuită cu o certitudine, altfel consecința semnării contractului cu o societate a cărei ofertă este necorespunzătoare fiind deosebit de gravă.

Totodată, util de subliniat este că instanțele îmbrățișează această abordare, elocventă fiind, de exemplu, decizia civilă nr. 2077 din 6 octombrie 2011, chiar a Curții de Apel București, Secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, pronunțată în dezbaterile aceleiași probleme, din cuprinsul căreia redăm: „[...] Curtea nu poate reține argumentația Consiliului Național pentru Soluționarea Contestațiilor în sensul că, urmare completării ulterioare a documentației și aprecierii ofertei ca admisibilă, nu se poate veni la data de 04.05.2011 cu argumentul că oferta nu mai este admisibilă, eventualul viciu al nedepunerii la prima solicitare a celor două CV-uri fiind acoperit prin acceptarea și punctarea ofertei de către autoritate prin raportul din 08.04.2011. Astfel, se observă că, urmare primei contestații formulate de intimata SC I.-I.T.C. SA, prin decizia nr. [...] /27.04.2011 a Consiliului a fost admisă contestația, a fost anulat raportul procedurii nr. 6475/08.04.2011, autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertelor, precum și la emiterea unui nou raport al procedurii de atribuire. Or, ca urmare a anulării raportului procedurii nr. 6475/08.04.2011, acest act nu mai poate produce absolut niciun efect, cu privire la niciun aspect, inclusiv cu privire la declararea ca admisibilă a ofertei intimatei. Este adevărat că, Consiliul a analizat doar condițiile în care oferta petentei SC L.S. SA a fost declarată admisibilă, însă aceasta pentru că era ținut de limitele investiției sale de către contestator. De vreme ce raportul procedurii nr. 6475/08.04.2011 a fost anulat, iar autoritatea contractantă a fost obligată la reevaluarea ofertelor, este evident că în cadrul reevaluării autoritatea contractantă urma a verifica și a face o nouă analiză a ofertelor, fără a putea fi ținută de ce stabilite printr-un act ce nu mai poate produce efecte (*quod nullum est nullum producit effectum*)”.

Sub o altă perspectivă, autoritatea contractantă are opțiunea de a își anula un act, sau chiar întreaga procedură, în ipoteza în care, în

derularea acesteia, constată că a încălcat prevederi legale a căror nerespectare este sancționată cu invalidarea actelor/ procedurii de atribuire. Privită prin prisma imperativului restabilirii legalității actelor sau procedurii în ansamblu, opțiunea remedierii apare ca fiind una firească, iar datorită facilității ei este preferabilă aceleia a anulării actelor/ procedurii pe calea contencioasă a purtării unui proces la Consiliu sau/și la instanța de judecată.

Raționamentul anterior este subliniat de însuși caracterul de act administrativ deținut de un contract de achiziție publică dar și de actele premergătoare acestuia, consacrat la art. 2 alin. (1) lit. c) și la art. 8 alin. (2) din Legea contenciosului administrativ, nr. 554/2005, care asigură emitentului lor (autoritatea contractantă din procedura de atribuire), dreptul de a le revoca, în condițiile prevăzute la art. 1 alin. (6) din aceeași lege, dispozițiile de drept comun completând prevederile OUG nr. 34/2006, conform art. 297 din aceasta.

Contrar susținerilor contestatorului, în materia achizițiilor publice opțiunea autorității de a își revizui și remedia propriile acte, chiar și din oficiu, există oricând până la momentul finalizării achiziției prin semnarea contractului. Așadar, și din această perspectivă, în speță, autoritatea era îndrituită să își revizuiască actele și să procedeze la reexaminarea legalității situației consemnate în acestea, înainte ca ele să intre în circuitul civil, respectiv înainte să producă efecte ce nu ar mai putea fi răsturnate de către părți.

Chiar dacă principiul legalității nu apare enumerat la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 printre principii, nu înseamnă că el nu ar fi aplicabil și cu ocazia derulării procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, mai ales în contextul obligației de asumare a răspunderii de către autoritatea contractantă art. 2 alin. (2) lit. g) din OUG nr. 34/2006.

Față de aceste aspecte, autoritatea contractantă a procedat la reverificarea propunerii tehnice, sens în care a solicitat clarificări anterior luării unei decizii finale materializată prin comunicarea rezultatului, având în vedere faptul că urmare a repunerii în situația anterioară prin anularea în parte a raportului procedurii, cu privire la oferta contestatoarei și cea declarată câștigătoare, și a actelor subsecvente dispusă prin decizia CNSC.

Referitor la criticile aduse motivelor de neconformitate comunicate, Consiliul reține următoarele aspecte:

Autoritatea contractantă, la cap. IV.4) Prezentarea ofertei - IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, a precizat faptul că **„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnica trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini.**

Propunerea tehnica va conține și:

- Descrierea succesivă a procedurilor tehnice de execuție specifice;

- Descrierea sistemului calității aplicat la lucrarea respectivă;
- Listele cuprinzând procedurile tehnice de execuție a principalelor categorii de lucrări;
- **Grafic fizic de execuție a lucrărilor (nu va conține și valori);**
- Listele de cantități (fără valori), formularele și fișele tehnice completate conform caietului de sarcini, inclusiv lista proprie pentru organizarea de șantier.
- Extrasele de resurse materiale, manopera, utilaj și transport;
- Declarație privind termenul de garanție acordat lucrărilor executate” în cadrul memoriului tehnic pe specialități (postat pe SEAP) autoritatea contractantă a menționat în mod expres și imperativ faptul că **„structura rutieră și etapele de execuție ale drumurilor laterale vor fi aceleași ca la sistemul rutier proiectat pentru tronsonul de drum agricol de exploatare principal”** iar în cadrul clauzelor contractuale obligatorii s-a impus la art. 6.1 **„documentele contractului sunt** (cel puțin): a) caietul de sarcini, b) propunerea tehnică și propunerea financiară, c) **graficul de îndeplinire a contractului”**, la art. 13.2. (1) **„lucrările trebuie să se deruleze conform graficului general de execuție și să fie terminate la data stabilită”**.

Pentru îndeplinirea acestor cerințe contestatorul a ales prin propria manifestare de voință să depună la fila 225 graficul fizic semnat olograf. Față de aceste aspecte, Consiliul constată că SC SA în cadrul graficului fizic din cadrul propunerii tehnice a prezentat activitățile păstrând și redactând denumirile obiectelor în conformitate cu cele menționate în formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii (astfel cu însăși acesta recunoaște în cadrul răspunsului la cererea de intervenție și concluziile scrise /11.04..... înregistrate la CNSC sub /13.04.....), încălcând următoarele prevederi:

- potrivit prevederilor art. 3 lit. Ț) din OUG nr. 34/2006 propunerea tehnică a ofertantului este parte a ofertei elaborată pe baza cerințelor din caietul de sarcini. Propunerea tehnică reprezintă modalitatea concretă pe care ofertantul o recomandă autorității contractante în vederea îndeplinirii cerințelor sale tehnice stabilite în caietul de sarcini;
- potrivit art. 34 alin. (2) și (3) din Hotărârea Guvernului nr. 925/2006 **„comisia de evaluare are obligația de a analiza și de a verifica fiecare ofertă atât din punct de vedere al elementelor tehnice propuse, cât și din punct de vedere al aspectelor financiare pe care le implică; propunerea tehnică trebuie să corespundă cerințelor prevăzute în caietul de sarcini”**. Oferta care nu satisface cerințele caietului de sarcini este considerată o ofertă neconformă (art. 36 alin. (2) lit. a) din hotărâre), iar comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele neconforme (art. 81 din hotărâre).

Analizând graficul fizic anexat în cadrul propunerii tehnice, coroborat cu specificațiile din cadrul prevederilor reținute anterior din cadrul fișei de date a achiziției, memoriului tehnic pe specialități și

clauzelor obligatorii contractuale, Consiliul constată că, în mod corect, comisia de evaluare a solicitat clarificări, fiind pusă în imposibilitatea de a face o verificare riguroasă, înscrisul prezentând anumite neclarități atât sub aspectul formatului cât și sub aspectul conținutului.

Procedând la verificarea graficului fizic depus de contestator la fila 225, Consiliul reține faptul că contestatorul a propus autorității contractante ca lucrarea să fie efectuată într-un termen de 12 luni astfel:

- în prima jumătate a primei săptămâni a primei luni va desfășura activitatea de organizare de șantier;
- începând cu a doua jumătate a primei săptămână a primei luni și până în prima jumătate a celei de a doua săptămâni a lunii a VI va desfășura activitatea de terasamente; această lucrare este efectuată pe final concomitent cu activitatea de podețe transversale, activitate care se derulează începând cu săptămâna a doua a lunii a V-a și până la sfârșitul săptămânii a treia a lunii a VI-a; din graficul fizic doar aceste obiecte se suprapun parțial ca desfășurare;
- începând cu săptămâna a patra a lunii a VI-a și până la sfârșitul săptămânii a treia a lunii a VII-a contestatorul va desfășura activitatea de podețe laterale;
- **începând cu săptămâna a patra a lunii a VII-a în mod continuu/neîntrerupt și până la începutul săptămânii a patra a lunii a X-a, și fără a se suprapune cu derularea altei activități, contestatorul va presta activitatea de acostamente și rigole naturale;**
- începând cu sfârșitul săptămânii a patra a lunii a X-a și până la începutul săptămânii a doua a lunii a XII-a, contestatorul va presta în mod continuu/neîntrerupt și fără a se suprapune cu derularea altei activități, activitatea de îmbrăcăminte rutieră;
- **începând cu sfârșitul săptămânii a doua a lunii a XII și până la începutul săptămânii a treia a lunii a XII-a contestatorul va presta, în mod continuu/neîntrerupt și fără a se suprapune cu derularea altei activități, activitatea de drumuri laterale; în concluzie această activitate care se va derula pe parcursul unei singure săptămânii în cadrul ultimei lunii de derulare a contractului.**

În acest sens, comisia de evaluare a trimis contestatorului adresa nr. 3231/09.03....., act al autorității contractante necontestat în termenul legal, însușit în mod implicit prin transmiterea la data de 10.03..... a răspunsului la solicitări. În cadrul acestui înscris, comisia de evaluare a precizat că dorește să i se precizeze „dacă stratul de balast respectiv piatră spartă pe drumurile laterale se vor realiza concomitent cu straturile din balast și piatră spartă de pe drumul principal. Vă rugăm să justificați tehnologic realizarea lucrărilor de acostamente și rigole naturale înaintea realizării îmbrăcămînții rutiere (conform grafic de execuție prezentat)”.

Așa cum s-a reținut anterior, contestatorul a răspuns la această solicitare de clarificări prin adresa 371/10.03..... în cadrul căruia menționează următoarele: „referitor la straturile de balast, respectiv din piatră spartă pentru drumuri laterale menționăm că acestea se vor executa concomitent cu straturile de balast și piatră spartă aferente drumului principal. Referitor la execuția acostamentelor și rigolelor naturale menționăm că denumirea activităților prezentate în coloana a graficului fizic, pag. 225, din cadrul propunerii tehnice, respectă întocmai denumirea activităților impusă în formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte, din documentația de atribuire. Prin urmare, oferta a fost redactată în deplină conformitate cu documentația de atribuire. Totodată, în ceea ce privește justificarea tehnologică pentru realizarea lucrărilor de acostamente și rigole naturale solicitate de dvs. precizăm următoarele:

- ***rigolele naturale se vor executa înaintea realizării îmbrăcăminții rutiere imediat după finalizarea podețelor*** pentru a se asigura scurgerea apelor pluviale de pe ampriza drumului, fenomen care ar putea afecta buna execuție a îmbrăcăminții rutiere;
- ***Acostamentele se vor executa după așternerea asfaltului.*** Această activitate a fost dimensionată în grafic la poziția „Îmbrăcămințe rutieră”, iar prezența cuvântului „acostament” se datorează faptului că în formularul F2- centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări pe obiecte din documentația de atribuire denumirea acestui obiect este acostamente și rigole naturale. Astfel neconcordanța constatată reprezintă un viciu de formă sau o abatere tehnică minoră (...).“

Analizând graficul Gantt depus inițial, coroborat cu cele susținute în cadrul răspunsului la solicitările de clarificări, înscrisuri care ar fi trebuit să fie concordante, Consiliul reține cu titlu de exemplu următoarele aspecte:

- Inițial alocarea timpului pe activitatea denumită „acostamente și rigole naturale” se desfășoară neîntrerupt pe o perioadă de cca. 13 săptămâni după activitatea „podețe laterale” și înainte de activitatea „acostamente și rigole naturale”, această activitate nefiind suprapusă cu vreo altă activitate și nici întreruptă de vreuna, pentru ca ulterior prin răspunsul la solicitarea justificării tehnologiei folosite pentru prestarea acestei activități contestator să revină și să precizeze că în fapt activitatea „rigole naturale” vor presta după executarea activității „podețe” iar cea de „acostamente” se va executa ulterior după așternerea asfaltului în cadrul activității „Îmbrăcămințe rutieră” și care a fost cotată că se derulează în graficul inițial pe o perioadă de cca. 6 săptămâni;
- Inițial pentru drumurile laterale contestatorul în cadrul graficului alocă cca. 1 săptămână (în condițiile în care în cadrul memoriului tehnic pe specialități autoritatea contractantă a indicat în mod expres că

„structura rutieră și etapele de execuție ale drumurilor laterale vor fi aceleași ca la sistemul rutier proiectat pentru tronsonul de drum agricol de exploatare principal”), această activitate nefiind suprapusă cu vreo altă activitate și nici întreruptă de vreuna, pentru ca prin răspunsul la solicitările de clarificări să revină cu precizarea că piatră spartă pentru drumuri laterale: „menționăm că acestea se vor executa concomitent cu straturile de balast și piatră spartă aferente drumului principal”.

Având în vedere sublinierea autorității contractante cu privire la faptul că *„lucrările trebuie să se deruleze conform graficului general de execuție”*, coroborat cu răspunsul contestatorului urmare a solicitărilor de clarificări și cu graficul fizic depus în cadrul ofertei inițiale, Consiliul constată că, în mod evident, sunt incidente prevederile art. 79 alin. (2) teza I din HG nr. 925/2006, contestatorul modificându-și prin răspunsul la solicitările de clarificări propunerea tehnică.

În soluționarea contestației, Consiliul nu poate reține teoria contestatorului cu privire la faptul că nu a modificat propunerea tehnică, nu a efectuat nicio modificare a succesiunii etapelor de execuție ci doar a corectat unele denumiri de etape din graficul de execuție, acestea în fapt ar reprezenta vicii de formă sau abateri tehnice minore, având în vedere faptul că, în speță, prevederile art. 80 alin. (3) și (4) din HG nr. 925/2006 nu sunt aplicabile din următoarele considerente:

- Explicitarea/descrierea/detalierea „succesiunii etapelor de execuție” reprezintă în fapt o reală modificare a graficului fizic și a apărut urmare a unor solicitări de clarificări, modificări care nu pot fi susținute de conținutul altor documente; mai mult procedând la verificarea listele cu cantitățile lucrări – Deviz ofertă DOF002 001 Deviz Analitic Îmbrăcămintă Rutieră (fila 22-23 din cadrul propunerii financiare depuse la dosarul /..... constituit la CNSC), Consiliul constată că în cadrul acestuia nu se regăsesc articole de deviz aferente executării acostamentelor; Raportarea acestor modificări la formularul F2 – Centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte nu poate fi susținută având în vedere că în cadrul niciun înscris ce constituie/reprezintă documentația de atribuire, autoritatea contractantă nu a indicat că activitățile indicate în cadrul centralizatorului trebuie să se regăsească în cadrul graficului fizic ca fiind prestate în mod continuu, fără întrerupere, fără a se suprapune peste alte activități dacă este cazul, cu atât mai mult cu cât în baza acestui înscris se va derula efectiv contractul fiind potrivit art. 95 alin. (1) lit. c) din HG nr. 925/2006 anexă la contractul de achiziție publică;
- mai mult, autoritatea contractantă în cadrul fișei de date a indicat în mod clar faptul că *„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnica trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini”* excluzând

practic posibilitatea ofertanților de a se abate de la cerințele exacte ale respectivei documentații;

- ofertanții nu pot să jongleze în cadrul graficului fizic cu succesiunea etapelor de execuție și cu perioadele de derulare după bun lor plac, în tentativa de a justifica un termen acordat global;
- răspunsul la solicitările de clarificări trebuia să fie deplin concordant cu graficul fizic depus inițial în propunerea tehnică;
- în cazul în care solicitarea de clarificări nu era justificată sau dacă considera că au fost incluse cerințe contradictorii/ eronate/ ambiguu formulate, contestatorul putea cere autorității contractante lămuriri sau o putea contesta în termenul legal.

Riscul întocmirii răspunsului la solicitările de clarificări la fel ca și cel al întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic, el neputând să își invoce propria culpă ca motiv al modificării propunerii tehnice potrivit principiului „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” iar, pe de altă parte, autoritatea contractantă a menționat în mod expres, atât în cadrul documentației de atribuire cât și în cadrul solicitărilor de clarificări, care sunt cerințele pe care orice operator economic participant trebuie să le îndeplinească și modul în care aceștia trebuie să își elaboreze răspunsul.

Conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a își elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 170 din OUG nr. 34/2006), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv.

Aceste cerințe nu au fost contestate de participanții la procedură, iar prin depunerea ofertelor pentru procedura în cauză, operatorii economici au acceptat condițiile impuse de autoritatea contractantă. Nemodificată anterior datei limită de depunere a ofertelor, documentația de atribuire devine obligatorie atât pentru autoritate, cât și pentru ofertanți care trebuie să o respecte întocmai.

În speță prevederile art. 78 din HG nr. 925/2006 au fost aplicabile, comisia de evaluare având neclarități în reevaluarea ofertei depuse iar contestatorul avea obligația ca prin răspunsul formulat să nu își modifice propunerea tehnică – graficul fizic.

Art. 79 alin. (2) teza a II-a din HG nr. 925/2006 dispune în mod expres și imperativ care sunt modificările propunerii tehnice pe care autoritatea contractantă le poate accepta, modificări care, așa cum se poate observa, în speță nu sunt aplicabile.

Din conținutul graficului fizic inițial, nu rezultă cum contestatorul a respectat cerințele autorității contractante, nu rezultă că straturile de balast, respectiv din piatră spartă pentru drumuri laterale se vor executa

concomitent cu straturile de balast și piatră spartă aferente drumului principal, activitatea „*drumuri laterale*” fiind indicată în grafic doar în ultima luna de derulare a contractului o singură săptămână; iar acostamentele nu rezultă că se vor executa în cele cca. 6 săptămâni aferente activității „*îmbrăcăminte rutieră*”.

De asemenea, graficul fizic depus nu a fost elaborat prin raportarea la propria propunere tehnică, respectiv la modalitatea proprie de îndeplinire a activităților proprii.

Ori, solicitarea de clarificări din partea autorității contractante se impunea tocmai pentru a vedea dacă, și în ce măsură, oferta contestatorului era sustenabilă și viabilă sau dacă aceasta este folosită doar ca mijloc de inducere în eroare în vederea atribuirii contractului, fără a avea în fapt un fundament real.

Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a tehnice prezentate de către ofertanți din punct de vedere al modului în care acestea corespund cerințelor minime din caietul de sarcini, așa cum este prevăzut la art. 72 alin. (2) lit. f) din HG nr. 925/2006, Consiliul constată că această verificare s-a făcut cu rigurozitatea impusă de legislația în domeniu și, pe cale de consecință, criticile contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale, urmând să fie respinse.

Cu privire la hotărârile Curților de Apel, aduse în sprijinul său de către contestator în susținerea contestației de față, Consiliul stabilește că acestea sunt relative la pricinile soluționate anterior, nu constituie izvor de drept și nici nu pot obliga la emiterea unei noi decizii într-un anumit sens deoarece precedentul judiciar nu constituie izvor de drept în sistemul românesc. Potrivit OUG nr. 34/2006, în activitatea sa, Consiliul se supune numai legii, deciziile acestuia fiind pronunțate în temeiul legii. În aceeași direcție sunt și normele art. 26 din Regulamentul de organizare și funcționare al Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, aprobat prin HG 037/2011, care statuează la art. 26 alin. (2): „completul de soluționare a contestației este independent, deciziile pronunțate fiind bazate pe stricta aplicare și respectare a legii”, iar nu pe deciziile pronunțate anterior.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 278 alin. (5) din OUG nr. 34/2006, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de către SC SA în contradictoriu cu COMUNA iar pe cale de consecință la admite cererea de intervenție formulată de SC SA

În temeiul prevederilor art. 278 alin. (6) din OUG nr. 34/2006 va dispune continuarea procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică.

PREȘEDINTE COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

MEMBRU COMPLET

.....

Redactată în 5 (cinci) exemplare originale, conține 33 (treizecișitrei) pagini.