C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

Nr. ..... /...../.....
Data: .....

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., depusă de Asocierea SC ..... prin Liderul SC ..... SA, cu sediul în ....., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată prin director general, și convențional prin SCA ..... cu sediul procesual ales în ....., str. ..... împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..... emisă de ..... SA, cu sediul în ....., b-dul Dinicu Golescu, nr. 38, sector 1, în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având că obiect: „.....”, cod CPV ..... s-a solicitat:

1) anularea adresei nr. .....,
2) anularea raportului procedurii de atribuire de atribuire, precum a tuturor actelor subsecvente emise de autoritatea contractantă după emiterea adresei menționate anterior,
3) reevaluarea ofertei depuse cu luarea în considerarea a motivelor prezentate în prezenta contestație.

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

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de ..... anunțul de participare nr. ....., referitor la procedura de atribuire având că obiect „Proiectare și execuție Drum Expres Craiova - Pitești, Tronsonul 1”.

Contestatorul precizează că a depus oferta în cadrul procedurii de atribuire a contractului de achiziție publică pentru atribuirea contractului

de achiziție iar, prin adresa nr. ....., comunicată de către autoritatea contractantă i s-a adus la cunoștință că în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire menționate anterior, oferta depusă a fost respinsă ca inacceptabilă și neconformă.

Contestatorul susține că în cadrul adresei anterior menționată, i s-a comunicat că *„Având în vedere că ofertantul și-a asumat perioada de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, care ar trebui să fie suportate de către antreprenor (aspect prevăzut ca factor de evaluare pentru care a fost punctat suplimentar), autoritatea contractantă solicită din nou ofertantului să clarifice de ce aceste costuri care ar trebui să fie suportate de către antreprenor sunt evidențiate distinct în Propunerea financiară?”.*

Prin răspunsul oferit, contestatorul susține că a menționat: *„ne menținem perioada de garanție de 84 de luni, împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, precum și oferta financiară. Indicarea distinctă a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări), care nu este de natură să impacteze asupra perioadei de garanție a lucrărilor și nici asupra ofertei financiare, aceste costuri făcând parte proporțional din categoriile de lucrări 3.1.2., 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1. din graficul de plăți”.*

Contestatorul precizează că autoritatea contractantă a concluzionat că răspunsul oferit conduce implicit la modificarea prețului ofertat, fără a argumenta în ce sens operează o astfel de modificare a propunerii financiare.

Prin urmare, consideră decizia autorității contractante ca fiind nelegală și abuzivă, întrucât oferta depusă a fost declarată în mod greșit neconformă, nefiind în situația dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Față de cele reținute de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei prin care i-a comunicat rezultatul procedurii, contestatorul formulează prezenta contestație prin care evidențiază următoarele aspecte:

1) Oferta depusă a fost declarată în mod greșit neconformă, în mod nelegal autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta sa, cu încălcarea dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul susține că propunerea financiară depusă respectă întru-totul cerințele impuse de autoritatea contractantă în cadrul procedurii menționată anterior și în mod absolut eronat, urmare a unei evaluări subiective și superficiale autoritatea contractantă i-a declarat oferta neconformă.

Contestatorul precizează că prin solicitarea de clarificări nr. 13B/1371/02.07...../ 13B/1550/06.07..... autoritatea contractantă i-a solicitat să clarifice cum consideră îndeplinită cerința din clarificarea nr. 9 la Documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor și anume: „Drept urmare, referitor la factorul de evaluare perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici, deoarece schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor a fost prevăzută distinct de către ofertant în graficul de plăți".

Prin adresa nr. 1896/11.07....., în cadrul răspunsului la această solicitare de clarificări, contestatorul susține că a transmis defalcarea prețului unitar pentru frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni asumată prin propunerea tehnică și centralizatorul celor două activități pentru cantitatea de 374.266,50 mp de uzură.

Prin solicitarea de clarificări nr. 13B/1885/17.07....., autoritatea contractantă solicita „(...) să clarifice de ce aceste costuri care ar trebui să fie suportate de către antreprenor sunt evidențiate distinct în propunerea financiară". Față de această solicitare, contestatorul precizează că a formulat răspunsul nr. 2068/20.07..... prin care a învederat faptul că aceste costuri „vor fi suportate de către antreprenor și nu vom beneficia de actualizare conform indicilor statistici. Totodată, precizăm că ne menținem perioada de garanție de 84 de luni, împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, precum și oferta financiară. Indicarea distinctă a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări), care nu este de natură să impacteze asupra perioadei de garanție a lucrărilor și nici asupra ofertei financiare, aceste costuri făcând parte proporțional din categoriile de lucrări 3.1.2., 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1. din graficul de plăți".

Urmare a celor menționate mai sus, la data de 25.07..... i-a fost comunicat rezultatul procedurii prin care autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință că „oferta depusă (...) a fost declarată inacceptabilă în

conformitate cu art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 și neconformă în temeiul art. 137 alin. (1) din același act normativ”.

Contestatorul precizează că decizia de respingere a ofertei depuse ca neconformă este abuzivă și de natură să încalce principiile de drept care guvernează legea achizițiilor publice, fiind o decizie luată ca urmare a unei evaluări pur formale a autorității, cu ignorarea elementelor ofertei financiare menționate de Asocierea SC ..... în cuprinsul propunerii financiare depuse la dosarul achiziției publice, valori menținute și ca urmare a răspunsurilor la solicitările de clarificări, respectiv faptul ca nu „s-a modificat conținutul propunerii financiare”.

Contestatorul subliniază faptul că lucrarea a cărei atribuire face obiectul procedurii de achiziție publică va fi realizată printr-un contract de proiectare și execuție, pe model FIDIC Cartea Galbenă, la momentul actual toate cantitățile fiind estimative, iar operatorii economici își întocmesc oferta pe baza propriilor estimări de calcul privind cantitățile și lucrările ce vor fi realizate. Astfel că, motivat în principal de faptul că nu există un proiect, nu există liste de cantități, autoritatea contractantă nu avea vreun motiv să considere oferta ca fiind neconformă.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatorul susține că a procedat la simpla alocare a unor cheltuieli de același fel aferente acelorași lucrări, dar ce urmează a fi executate în momente de timp diferite. Astfel, lucrările ce inițial au fost cotate ca fiind aferente refacerii stratului de uzură, ulterior solicitării de clarificări au fost relocate către categorii de lucrări identice celor ce se execută în perioada de garanție. Prin urmare, modificarea fiind una formală, autoritatea contractantă era obligată să o accepte în temeiul art. 134 din HG nr. 395/2016.

Contestatorul precizează că în cadrul categoriilor de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5., 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1. din graficul de plăti se regăsesc activitățile care evidențiază structura rutieră avută în vedere la elaborarea studiului de fezabilitate și implicit structura în baza căreia se va elabora proiectul tehnic de execuție și valoarea lucrărilor ofertate, propuse spre execuție.

Având în vedere cele prezentate, contestatorul consideră că a respectat întru-totul cerințele impuse de autoritatea contractantă, propunerea financiară nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, prețul total ofertat nu s-a modificat, ci prin răspunsul la solicitarea de clarificări s-a îndreptat eroarea materială din cadrul ofertei financiare.

Din succesiunea documentelor, contestatorul susține că ar rezulta cu claritate că nu a procedat, prin răspunsurile la solicitările de clarificări la modificarea ofertei financiare, ci doar a dat curs cerințelor autorității contractante, în sensul lămuririi, justificării modalității de îndeplinire a cerinței privind frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni asumată prin propunerea tehnică, lămurire care a condus la îndreptarea viciului de formă.

Valoarea totală a ofertei financiare nu s-a modificat în urma răspunsului la solicitarea de clarificări, aceasta rămânând nemodificată, în condițiile în care nicio sumă nu a fost adăugată/eliminată cât privește prețul total al ofertei financiare depusă.

Prin urmare, contestatorul consideră că dat fiind faptul că a respectat condițiile impuse și solicitate de autoritatea contractantă, oferta financiară nefiind modificată prin răspunsul la solicitarea de clarificări, în mod greșit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta depusă de el a fost declarată neconformă.

Așadar, contestatorul susține că în mod nelegal s-a dispus respingerea ofertei asocierii, întrucât în prezenta speță se află în situația unei erori materiale, decizia de respingere a ofertei ca neconformă fiind nelegală.

Contestatorul susține că sunt întrunite condițiile impuse de art. 135, alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, viciile de forma reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin urmare, contestatorul precizează că în mod corect a precizat că pentru frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni asumată prin propunerea tehnică, costurile vor fi suportate de către antreprenor, însăși solicitarea de clarificări formulată de autoritatea contractantă fiind în sensul de a lămuri modalitatea de îndeplinire a cerinței. Or, contestatorul consideră că nu poate fi sancționat pentru că a înțeles să dea curs solicitării autoritarii contractante, respectiv că a efectuat această corectare a erorii constatate în cadrul ofertei, ce nu a condus la modificarea ofertei totale.

Contestatorul consideră că nu a avut loc modificarea ofertei financiare, ci doar o detaliere a modalității de formare a prețului, o justificare a faptului că sumele aferente lucrărilor privind frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni vor fi suportate de către el, iar modalitatea de alocare a

acestor sume pe categoriile de lucrări nu impactează asupra prețului total ofertat.

Din modalitatea în care este formulată comunicarea rezultatului procedurii s-ar înțelege că el și-a modificat în mod nelegal valoarea ofertei financiare, cu anumite valori, însă autoritatea contractantă nu este în măsură să demonstreze că ar fi avut loc o modificare a ofertei, aceasta limitându-se doar să citeze răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări, ignorând în mod voit sau nu faptul că valoarea totală a ofertei rămâne neschimbată, sumele menționate în comunicarea rezultatului regăsindu-se în oferta financiară, iar modalitatea de detaliere ulterioară a ofertei financiare a fost prezentată ca urmare a solicitării autorității contractante.

În raport de aceste aspecte, dar și de prevederile legale incidente, contestatorul precizează că posibilitatea corectării viciilor de formă este prevăzută expres de lege - cu atât mai mult cu cât în speță prețul ofertei a rămas neschimbat, iar prin aceasta, în mod cert, nu se modifică clasamentul ofertanților participanți la procedură, astfel că lui nu i se creează un avantaj.

Prin urmare, contestatorul consideră că s-a apreciat în mod eronat de către autoritatea contractantă că în cauză sunt incidente prevederile art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, corectarea viciului de formă nu a condus la modificarea ofertei financiare și crearea unui avantaj nejustificat al său în detrimentul celorlalți participanți în cadrul procedurii.

Interpretarea dată de autoritatea contractantă este una excesivă, întrucât sensul prevederilor art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016 este acela de a nu crea un avantaj nejustificat unui ofertant în detrimentul celorlalți.

În condițiile în care în sensul dispozițiilor legale în materia achizițiilor publice, modificarea prețului unitar determinată de corectarea unui viciu de formă nu produce eo ipso niciun efect, nu prejudiciază cu nimic ceilalți ofertanți participant la procedura și ca atare nu poate determină neconformitatea ofertei.

Mai mult, contestatorul susține că valoarea indicată din eroare de el ca fiind aferentă lucrărilor frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni, reprezintă valori nesemnificativ de reduse față de valoarea întregii ofertei financiare, ... lei fără TVA,

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă a procedat în mod excesiv la respingerea ofertei sale fără a i se solicita clarificări și

fără a i se permite depunerea graficului de plăti actualizat, fapt ce ar fi demonstrat că prin răspunsurile la solicitările de clarificări, nu a adus modificări ofertei financiare. Clarificarea solicitată de către autoritatea contractantă viza execuția lucrărilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada de garanție, iar contestatorul a înțeles să corecteze o eroare materială, corectare ce determina, în mod automat, o altă repartizare a prețului unitar, astfel că asocierea contestatoare susține că ar avea dreptul să procedeze la retransmiterea graficului de plăti în mod legal, însă autoritatea contractantă, în mod nelegal i-a refuzat acest drept, declarând oferta inacceptabilă și neconformă.

Contestatorul, invocând prevederile în opinia sa clare și nesusceptibile de interpretare ale art. 135 din HG nr. 395/ 2016, consideră că corectarea modalității de formare a prețului, prin raportare la elementele/documentele inițiale ale ofertei determină aplicabilitatea în cauza a noțiunii de viciu de formă.

În speță trebuia să fi intervenit corectarea unui viciu de formă, cu păstrarea prețului total al ofertei și cu menținerea neschimbată a clasamentului ofertanților - ceea ce este cazul, iar această corectare era, în opinia sa, conformă cu reglementările legale anterior expuse, prin urmare dispozițiile legale invocate sunt aplicabile în prezenta cauză.

Potrivit contestatorului, corectarea se poate realiza fără a modifica oferta propusă, în măsura în care această corecție nu creează un avantaj ofertantului în cauza și nu are un impact asupra clasamentului ofertanților participanți la procedura de achiziție.

Singura interdicție stabilită de către legiuitor este în sensul că nu se permite completarea ofertei cu capitole/liste de cantități/informații solicitate expres și neprezentate inițial în integralitatea respectivei componente a acesteia, așa cum a fost ea solicitată, dacă respectiva completare poate conduce la modificarea clasamentului ofertanților.

În situația sesizării unei abateri tehnice minore, ca și în cazul viciului de formă sau a erorii aritmetice, solicitarea de îndreptare a acestei abateri trebuie să aparțină autorității contractante, fiind incidente dispozițiile legale anterior menționate, având în vedere și faptul că prevederile legale în materia achizițiilor publice nu prevăd o altă modalitate specială de corectare a abaterilor tehnice minore.

Contestatorul consideră că în măsura în care autoritatea contractantă ar fi procedat la o corectă analiză a răspunsului la solicitarea de clarificări ar fi constatat că nu se va crea nici un avantaj și acest aspect nu va conduce la modificarea clasamentului ofertanților, având în vedere faptul că:

a. clasamentul ofertanților participanți la procedura nu poate suferi modificări;

b. oferta tehnică depusă nu se modifica;

c. oferta financiară depusă nu va suferi modificări, rămânând aceeași.

Prin urmare, contestatorul precizează că acest aspect este unul strict formal, fiind vorba de o neconcordanță minoră, de o scăpare firească care ar putea apărea în elaborarea unei oferte complexe. Potrivit contestatorului, inclusiv practica CNSC confirmă faptul că autoritatea trebuia să determine dacă deficiență sesizată în oferta reprezintă sau nu abatere tehnică minoră, încadrabilă la art. 135 din hotărârea guvernului antemenționată.

Contestatorul consideră că oferta depusă este în deplină concordanță cu cerințele caietului de sarcini, atât în ceea ce privește criteriile de clarificare, cât și în ceea ce privește modul de elaborare al ofertei tehnice și financiare, iar reținerea ca neconformă a ofertei de către autoritatea contractantă este lipsită de orice fundament factural.

În speță sunt aplicabile dispozițiile legale care impunea în sarcina autorității contractante să constate că în cauza este vorba despre un viciu de formă, care nu îi permite o abordare alternativă și nelegală de respingere a ofertei ca neconformă, contestatorul invocând în acest sens jurisprudența CJCE, prin care a stabilit *„principiul egalității de tratament presupune ca toți participanții la o procedură de atribuire a contractului de achiziție publică să beneficieze de o analiză obiectivă a ofertelor”.* Autoritatea contractantă a procedat la respingerea ofertei sale ca neconformă în condițiile în care aceasta răspunde în integralitatea ei cerințelor documentației de atribuire, iar oferta financiară a rămas nemodificată, în speță având loc doar o clarificare/detaliere a modalității de cuantificare a lucrărilor între Graficul A și Graficul B.

În opinia contestatorului, măsura dispusă de autoritatea contractantă, de declarare ca neconformă a ofertei sale, încalcă prevederile HG nr. 395/2016

Contestatorul consideră că încadrarea de către autoritatea contractantă a ofertei ca neconformă nu este fundamentată, nu s-a demonstrat că el și-a modificat oferta financiară, și de altfel nici nu ar fi putut, în condițiile în care așa cum a arătat mai sus, oferta financiară a rămas aceeași.

În opinia contestatorului autoritatea contractantă a încălcat principiile transparenței, nediscriminării și egalității de tratament, prin modalitatea de evaluare superficială a ofertei financiar, aceasta dând dovada de subiectivism, analizând simplist, ignorând răspunsul la solicitarea de clarificări, calificându-l în mod greșit ca o modificare a ofertei financiare.

Contestatorul susține că, în virtutea aplicării principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziție

publică, autoritatea contractantă trebuia să ia act de faptul că oferta sa este întocmită în conformitate cu cerințele documentației de atribuire, iar răspunsurile la solicitările de clarificări reprezintă doar clarificări/ lămuriri/ corectări al ofertei financiare inițiale, care nu au vreun impact asupra prețului ofertat sau clasamentului ofertelor.

Contestatorul invocă prevederile art. 134 și art. 135 din HG nr. 395/2016, care reglementează modul de abordare de către comisiile de evaluare a situațiilor în care sunt detectate erori materiale/omisiuni, aceste fiind divizate în trei categorii: erorile aritmetice, viciile de formă și abaterile tehnice minore.

Contestatorul consideră că era imperios necesar ca autoritatea contractantă să-i solicite clarificări înainte de a se pronunța rezultatul procedurii, având în vedere că nu a modificat oferta financiară, astfel că se impunea ca autoritatea contractată să-i permită să depună graficul de plăți actualizat.

Prin urmare, raportat la toate aceste considerente, rezultă indubitabil modul superficial în care autoritatea contractantă a evaluat oferta, motiv pentru care se impune reevaluarea acesteia.

Totodată, contestatorul susține că el nu poate fi „*sancționat*" că a dat curs solicitării de clarificări formulată de autoritatea contractantă, care a precizat în mod expres să detalieze modalitatea de execuție a lucrărilor de frezare și așternere a stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni.

Contestatorul consideră că autoritatea contractantă ar fi putut încadra aceasta situație, cu ușurința, în cele prevăzute expres de legiuitor, la art. 134 alin. (10) din HG nr. 395/2016 potrivit căruia *„(10) Prin excepție de la dispozițiile alin. (6), oferta nu va fi considerată neconformă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa financiară reprezintă erori aritmetice, respectiv aspecte care pot fi clarificate cu ajutorul principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din Lege, elementele propunerii financiare urmând a fi corectate, implicit alături de prețul total al ofertei, prin refacerea calculelor aferente, pe baza datelor/informațiilor care sunt cunoscute de către toți participanții, deoarece sunt prevăzute în legislația aplicabilă, documentația de atribuire, și/sau în alte documente prezentate de ofertant"* întrucât, așa cum a precizat anterior, prin răspunsul la solicitările de clarificări anterioare au fost doar redistribuite elemente de cost între cele 2 sectoare, fără a afecta prețul total ofertat.

Contestatorul susține că nu a omis nicio categorie de lucrări, incluzând valoarea financiară pentru toate categoriile de lucrări solicitate prin documentația de atribuire, prin răspunsul la solicitările de clarificări aducând doar lămuriri suplimentare, fără ca acest lucru să modifice valoarea financiară totală.

Prin urmare, autoritatea contractantă nu beneficiază de o putere discreționară în a respinge o oferta pentru interpretări subiective ale unor situații tehnice, cu atât mai mult cu cât, raportat la situația

concretă a acestei proceduri de atribuire, contestatorul susține că a făcut dovada includerii complete a acestor categorii de lucrări în ofertă, fără omisiuni.

Prin adresa nr. 32421/.....-...../08.08....., Consiliul solicită contestatorului în temeiul art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/....., recipisa de consemnare a cauțiunii în original în cuantumul prevăzut de lege. Modalitatea de constituire a cauțiunii se va face conform art. 1057 cpc coroborat cu art. 68 din Legea nr. 101/2016 la Trezoreria Statului, la CEC Bank - S.A. sau la orice altă instituție de credit care efectuează astfel de operațiuni, pe numele părții respective, la dispoziția CNSC.

Ulterior, odată cu depunerea în original a prezentei contestații, înregistrată la Consiliu sub nr. 32585/09.08....., contestatorul depune în original și recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 204802999/1, tranzacția nr. 766123250/1508581140 din data de 06.08....., în valoare de 220.000,00 lei, constituită pe seama și la dispoziția CNSC, conform art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, modificată și completată prin OUG nr. 45/.....

Prin adresa nr. 30703/.....-...../09.08....., Consiliul solicită autorității contractant, dosarul achiziției și oferta depusă de ASOCIEREA SC ..... .

Prin adresa nr. 56576/10.08....., înregistrată la Consiliu sub nr. 32830/10.08....., autoritatea contractantă trimite dosarul achiziției, iar prin adresa nr. 57107/14.08....., înregistrată la Consiliu sub nr. 33267/14.08....., autoritatea contractantă trimite punctul de vedere cu privire la prezenta contestație.

a) Autoritatea contractantă menționează că în data de ..... a fost publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..... prin care a fost demarată procedura de licitație deschisă în vederea atribuirii contractului „Proiectare și execuție drum expres Craiova - Pitești, Tronsonul 1”, termenul de depunere a ofertelor fiind 23.10.2017.

Procesul verbal nr. 12B/8377/24.10.2017 a fost încheiat cu ocazia inventarierii documentelor depuse de către ofertanți în SEAP, în cadrul procedurii de achiziție publică pentru atribuirea contractului prezentului contract.

În urma verificării rubricii „*Participare*” generată de sistemul SEAP aferentă procedurii sus menționate, autoritatea contractantă desemnată prin Decizia Directorului General al CNAIR SA nr. 1640/23.10.2017 a luat act de depunerea a 6 oferte.

Cu ocazia analizării propunerii financiare depusă în cadrul procedurii de atribuire de către contestator, autoritatea contractantă a formulat două solicitări de clarificări, precum urmează:

- solicitarea de clarificări nr. 13B/1371/02.07..... al cărui termen de răspuns a fost prelungit prin adresa nr. 13B/1550/06.07....., contestatorul răspunzând prin adresa nr. 1896/11.07.....;

- solicitarea de clarificări nr. 13B/1885/17.07....., contestatorul răspunzând prin adresa nr. 2068/20.07.....

În urma analizei efectuate asupra propunerii financiare, cât și a răspunsurilor la clarificări transmise de către contestator, autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei ca inacceptabilă și neconformă, decizie comunicată prin adresa nr. .....

Ulterior, în data de ..... (după cum reiese din extrasul regăsit la Secțiunea „Istoric dosare" din cadrul site-ului www.cnsc.ro) a fost format dosarul nr...../....., ca urmare a înregistrării contestației formulate de către ASOCIEREA SC ..... prin liderul SC ..... SA.

Autoritatea contractantă invocă în temeiul art. 15 alin. (1), coroborat cu art. 8 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, excepția tardivității introducerii contestației, prin raportare la data actului contestat, adresa nr. ....., adus la cunoștință contestatorului în data de 25.07....., prin publicare în SEAP, ultima zi a termenului legal de depunere a contestației, cu respectarea prevederilor art. 8 alin. (1) lit. a), coroborat cu art. 5 din Legea nr. 101/2016, a fost data de 06.08.....

www.cnsc.roAutoritatea contractantă, susține că în urma cercetărilor informațiilor disponibile pe www.cnsc.ro, contestația apare înregistrată la CNSC în data de ....., prin urmare este posibil ca aceasta să fi fost depusă în afara termenului prevăzut de lege.

Cu privire la aceste aspecte, autoritatea contractantă solicită Consiliului verificarea depunerii contestației în termenul legal de 10 zile de la comunicarea actului a cărui anulare se cere.

Referitor la capătul de cerere referitor la anularea raportului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă invocă excepția lipsei de obiect a cererii având în vedere faptul că actul a cărei anulare se solicită nu a fost emis până la data prezentei.

Astfel, raportat la condițiile de validitate pe care trebuie să le îndeplinească obiectul oricărei cereri/acțiuni formulată pe cale judiciară sau administrativă, (să fie licit, posibil și determinat sau determinabil), pretenția în discuție este lipsita de obiect întrucât:

- nu este posibil, nu poate fi dispusă anularea unui act care încă nu a luat ființă;

- nu este determinat, întrucât din modul general în care este formulată cererea, nu pot fi stabilite exact anularea căror acte emise ulterior comunicării nr. ..... este solicitată de

contestator și nici nu permite analizarea oportunității unei astfel de măsuri.

Având în vedere neîntrunirea condițiilor esențiale de validitate, solicită Consiliului respingerea capătului de cerere referitor la anularea raportului procedurii și a tuturor actelor subsecvente ca fiind lipsit de obiect.

c) Cu privire la fondul contestației autoritatea contractantă precizează următoarele:

Prin documentația de atribuire autoritatea contractantă a stabilit ca factor de evaluare: Criteriul de evaluare nr. 4

„Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură reprezintă un procent de 14%.

Descriere criteriu: Autoritatea contractantă acordă punctaj pentru ofertele care vor oferta o perioada de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptata de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor.

Algoritm de calcul: Autoritatea contractantă acordă 14 puncte pentru ofertanții care vor oferta o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. Schimbarea stratului de uzură va fi inițiată în termen de maxim 1 lună de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție a lucrărilor și va fi realizată integral într-un termen ce nu va depăși 6 luni.

Ofertanții vor prezenta în cadrul propunerii tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.

Nota 1: Nu se acorda punctaje intermediare.

Nota 2: Cele două condiții (perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție) sunt cumulative în vederea acordării punctajului”.

Cu privire la acest criteriu de evaluare, operatorii economici interesați au solicitat să se precizeze *„dacă ofertanții vor trebui să evidențieze separat în oferta financiară costurile aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor”.*

La aceasta întrebare autoritatea contractantă a răspuns prin clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire, în cadrul căreia la punctul

5 s-a menționat că: *„Autoritatea contractanta a avut în vedere prevederile art. 187 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv «Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia»”.*

Potrivit autorității contractante, acest criteriu introduce un element calitativ complementar și suplimentar față de obligațiile care urmează să fie incluse de ofertanți în propunerea tehnică la nivel de cerințe minimale de îndeplinit privind aspectele de calitate a lucrărilor executate, reprezentând astfel un avantaj pentru autoritatea contractantă.

Drept urmare, referitor la factorul de evaluare *„Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură”*, ofertanții au fost informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici.

Referitor la ofertare, autoritatea contractantă precizează că potrivit prevederilor fișei de date a achiziție - IV.2.1) Criterii de atribuire - algoritmul de calcul descris pentru factorul de evaluare sus menționat, este următorul: *„autoritatea contractantă acordă 14 puncte pentru ofertanții care vor oferta o perioada de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. Schimbarea stratului de uzură va fi inițiată în termen de maxim 1 lună de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție a lucrărilor și va fi realizată integral într-un termen ce nu va depăși 6 luni. Ofertanții vor prezenta în cadrul propunerii tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.*

Nota 1: Nu se acorda punctaje intermediare.

Nota 2: Cele două condiții (perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție) ***sunt cumulative în vederea acordarii punctajului****.”*

De asemenea, vor fi avute în vedere și prevederile pct. III *„Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură” din cadrul Formularului nr. 5, unde se menționează faptul că „(...) Ofertanții care vor să obțină punctaj pentru acest factor de evaluare, vor oferta în cadrul propunerii tehnice opțiunea de mai sus ce este punctată de autoritatea contractanta prin aplicarea ștampilei și a semnăturii de către reprezentantul legal în căsuța aferentă acesteia (...).*

Ofertanții vor prezenta în cadrul propunerii tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul

de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare".

În concluzie, atât perioada de garanție suplimentară, cât și angajamentul de schimbare a stratului de uzură în perioada garantată suplimentar constituie elemente ofertate în vederea obținerii punctajului aferent criteriului de evaluare nr. 4, costurile fiind suportate de către ofertant și drept urmare - nu trebuie să se regăsească în cadrul propunerii financiare prezentate de către ofertanți.

Autoritatea contractantă, în urma analizării propunerii tehnice și a formularului nr. 5 – *„aspecte tehnice ofertate suplimentar față de cerințele minime ale documentației de atribuire",* Cap. III – *„perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură*" depuse de către contestator, a constatat că și-a asumat o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor și a procedat la aplicarea factorului de evaluare și acordarea unui punctai suplimentar, conform prevederilor fișei de date și documentației de atribuire, de 14 puncte.

În continuare, în urma analizei propunerii financiare prezentate de către contestator, autoritatea contractantă a constatat faptul că acesta a prevăzut în mod distinct o categorie suplimentară de cheltuieli (față de modelul prevăzut în documentația de atribuire a graficului de plăți - anexat), respectiv: *„Refacere strat uzură (frezare și așternere) la 60 de luni în valoare de 16.072.347,90 lei fără TVA".*

Față de cele constatate, și având în vedere că:

- în Graficul de plăti din documentația de atribuire nu a fost prevăzut distinct costul schimbării stratului de uzură din perioada suplimentar ofertata de garanție a lucrărilor;
- prin răspunsul autorității contractante nr. 5 din cadrul clarificării nr. 9 la Documentația de atribuire referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: *„Drept urmare, referitor la factorul de evaluare perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici";*
- prin propunerea tehnică prezentată în cadrul formularului nr. 5 *„Aspecte tehnice ofertate suplimentar față de cerințele minime ale documentației de atribuire "*, Cap. III – *„Perioada de garanție a lucrărilor*

și schimbarea stratului de uzură” ofertantul și-a asumat o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor (aspect prevăzut ca factor de evaluare pentru care a fost punctat suplimentar).

Autoritatea contractantă mărturisește că a solicitat contestatorului prin adresa nr. 13B/1371/02.07..... „să clarifice cum consideră îndeplinită cerința din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: «Drept urmare, referitor la factorul de evaluare perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați ca, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici, deoarece schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor a fost prevăzută distinct de către ofertant în graficul de plăți»”.

4. Prin adresa nr. 1896/11.07....., contestatorul, în loc să ofere explicații cu privire la motivul pentru care a introdus o nouă secțiune/ poziție în cadrul graficului de plăti și a prețuit în mod distinct anumite obligații asumate în vederea obținerii punctajului conform factorului de evaluare nr. 4, a înțeles să detalieze „fundamentarea economică pentru fiecare preț unitar în parte”.

5. Totodată autoritatea contractantă susține că având în vedere că răspunsul ofertantei era clar neconcludent, nerăspunzând în mod direct sau indirect întrebării adresate, în vederea lămuriri situației, autoritatea contractantă a revenit prin adresa nr. 13B/1885/1707..... și a solicitat contestatorului „să clarifice de ce aceste costuri care ar trebui să fie suportate de către antreprenor sunt evidențiate distinct în propunerea financiară”.

6. Contestatorul prin adresa nr. 2068/20.07....., a precizat: „Confirm încă odată, astfel cum rezultă din oferta subscrisei, că în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vom beneficia de actualizare conform indicilor statistici. Totodată, precizăm că ne menținem perioada de garanție de 84 de luni, împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, precum și oferta financiară. Indicarea distinctă în cadrul ofertei a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări), care nu este de natură să impacteze asupra perioadei de garanție a lucrărilor și nici asupra ofertei financiare, aceste costuri, făcând parte proporțional din categoriile de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5,4.8.5, 4.9.5,5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1. din graficul de plăti. Totodată, vă solicităm

să ne comunicați dacă autoritatea contractantă dorește să retransmitem graficul de plăti".

Prin urmare, autoritatea contractantă a constatat că oferta depusă de ofertantul Asocierea ..... SA - ..... nu respectă întru-totul cerințele impuse, dat fiind faptul că în cadrul propunerii financiare este prezentată Anexa nr. 2 la formularul nr. 8 - grafic de plăți, unde se prezintă distinct și suplimentar, la poziția 12 categoria de lucrări - refacere strat de uzură (frezare și așternere) la 60 de luni, cu valoarea de 16.072.347,90 lei (valoare care se regăsește în prețul ofertei Asocierii ..... SA - ..... de ..... lei, fără TVA), fapt care este în contradicție cu răspunsul autorității contractante nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: „Drept urmare, referitor la factorul de evaluare perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici".

Din afirmația contestatorului cum că *„Indicarea distinctă în cadrul ofertei a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări), care nu este de natură să impacteze asupra perioadei de garanție a lucrărilor și nici asupra ofertei financiare, aceste costuri făcând parte proporțional din categoriile de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5,4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1 din graficul de plăti",* autoritatea contractantă a constatat faptul că răspunsul prezintă aspecte contradictorii, în sensul că nu este posibilă menținerea ofertei financiare fără a se lua în calcul eroarea materială recunoscută de către contestator sau că acesta să redistribuie costurile aferente schimbării stratului de uzură către alte categorii de cheltuieli fără a conduce în mod implicit la modificarea propunerii financiare.

Mai mult decât atât, autoritatea contractantă susține faptul că propunerea financiară nu respectă modelul pus la dispoziție de autoritatea contractantă în documentația de atribuire fiind introdusă o categorie de cheltuieli suplimentară (care conform punctului 5 din cadrul răspunsului la clarificarea nr. 9 a documentației de atribuire, trebuiau suportate de către ofertanți), iar prin răspunsurile la clarificări nu au fost

oferite explicații concludente/pertinente, de natură să justifice întocmirea propunerii financiare în această modalitate.

Având în vedere aceste aspecte, precum și faptul că operatorul contestator, prin răspunsul nr. 2086/20.07....., redistribuie costul aferent lucrărilor de refacere a stratului de uzură către alte categorii de lucrări din graficul de plăti, autoritatea contractantă a declarat oferta inacceptabilă conform art. 134 alin. (6) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare și a decis respingerea ofertei depusă de ofertantul Asocierea ..... SA - ....., conform prevederilor art. 137 alin. (1) din Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/ acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice aprobate prin HG nr. 395/2016, cu completările și modificările ulterioare;

Referitor la susținerile contestatorului, pagina 5, paragraful 2, cu privire la faptul că prin răspunsurile la solicitările de clarificări au fost menținute valorile și „nu s-a modificat conținutul propunerii financiare", aceasta conduce la concluzia că anexa nr. 2 la formularul nr. 8 - grafic de plăti, unde se prezintă la poziția 12 - refacere strat de uzură (frezare și așternere) la 60 de luni cu valoarea de 16.072.347,90 lei rămâne neschimbată. Acest aspect intră în contradicție cu răspunsul contestatorului din solicitarea de clarificări nr. 13B/1885/17.07..... (Solicitarea de clarificare 4), unde acesta precizează că: „(...) Indicarea distinctă în cadrul ofertei a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări)”.

De asemenea, contestatorul menționează în prezenta contestație pagina 5, paragraful 3, că lucrarea a cărei atribuire face obiectul procedurii de achiziție publică va fi realizată printr-un contract de proiectare și execuție, pe model FIDIC Cartea Galbenă, la momentul actual toate cantitățile fiind estimative.

Însă, autoritatea contractantă susține cu privire la anexa nr. 2 la formularul nr. 8 - grafic de plăti, pentru lucrarea refacere strat uzură (frezare și așternere) la 60 de luni, că ofertantul în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 13B/1371/02.07..... a menționat „cantitatea de 374.266,5 mp de uzură” cu valoarea de 16.072.347,90 lei, aspect care intra în contradicție cu cerința din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire - răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor.

În fapt, eliminarea din anexa nr. 2 la formularul nr. 8 - Grafic de plăti, a poziției nr. 12 - refacere strat uzură (frezare și așternere) la 60 de luni în valoare de 16.072.347,90 lei nu reprezintă *„o eroare materială*

(provocată de momentul efectiv de execuție acestei lucrări)", iar redistribuirea sumei de 16.072.347,90 lei proporțional la categoriile de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5,4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1 din graficul de plăti nu este o *„simplă alocare a unor cheltuieli de același fel aferente acelorași lucrări, dar ce urmează a fi executate în momente de timp diferite"* modificarea fiind una formală, deoarece prin acestea ofertantul schimbă conținutul propunerii financiare.

Prin urmare, autoritatea contractantă a declarat oferta Asocierii ..... SA - ..... inacceptabilă și neconformă întrucât aceasta nu respecta prevederile cerinței din clarificarea nr. 9 la Documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, „(...) costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici", motivat de faptul că ofertantul a inclus la poziția 12 în graficul de plăti categoria de lucrări - refacere strat uzură (frezare și așternere) la 60 de luni în valoare de 16.072.347,90 lei (valoare inclusă în formularul nr. 8 - formularul de propunere financiară la prețul ofertei de ..... lei, fără TVA);

Corectările/ completările solicitate de contestator prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 13B/1885/17.07....., respectiv retransmiterea anexei 2 la formularul nr. 8, solicitarea de clarificare 4, sunt susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură de atribuire care au transmis graficul de plăți în mod corect, cu respectarea modelului pus la dispoziție în cadrul documentației de atribuire.

Autoritatea contractantă a considerat că introducerea și prețuirea acestei categorii de lucrări în cadrul propunerii financiare, nu poate fi interpretată ca viciu de formă conform prevederilor art. 135 alin. (3) din Normele metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, autoritatea contractantă nefiind de acord cu retransmiterea anexei nr. 2 la formularul nr. 8 - grafic de plăti pentru a se evita încălcarea prevederile art. 2 alin (2) din Legea nr. 98/2016.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. 34481/.....-...../24.08....., Consiliul îi comunică acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise. Contestatorul s-a prezentat în vederea studierii în data de 27.08.....

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având că obiect: „.....”, cod CPV ..... prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „cel mai bun raport calitate preț”, iar valoarea estimată a contractului este 479.802.905,88 lei.

Având în vedere prevederile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să se pronunțe cu întâietate asupra excepțiilor tardivității și lipsei de obiect, invocate de către autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 57107/13.08.....

În opinia autorității contractante, excepția tardivității ar fi justificată prin faptul că, potrivit informațiilor de pe portalul CNSC, contestația formulată de SC ..... SA a fost înregistrată la data de ....., în afara termenului de contestare de 10 zile, care s-a împlinit la data de 06.08.....

Consiliul va respinge ca nefondată excepția tardivității invocată de autoritatea contractantă având în vedere că SC ..... SA a transmis contestația ce face obiectul prezentei, în data de 06.08....., atât prin e-mail cât și prin poștă cu confirmare de primire, astfel cum rezultă din ștampila aplicată de Oficiul Poștal ..... – Ghișeul 2 pe plicul aferent trimiterii poștale cu număr de prezentare ..... aflat la dosarul cauzei.

În ceea ce privește excepția lipsei de obiect a capătului de cerere privind „anularea raportului procedurii de atribuire de atribuire”, Consiliul o va admite, având în vedere că din verificarea dosarului cauzei rezultă că autoritatea contractantă nu a redactat până la data prezentei raportul procedurii de atribuire, decizia de respingere a ofertei contestatorului fiind adoptată în procesul verbal nr. 15 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. ....., în urma căruia autoritatea contractantă a transmis contestatorului adresa de comunicare a rezultatului parțial al procedurii nr. ....., constituind actul atacat prin contestația ce face obiectul prezentei.

Procedând la analiza fondului cauzei, Consiliul va reține că anterior, în cadrul aceleiași proceduri au fost formulate următoarele contestații:

- contestația nr. ....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., formulată de ....., împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..... SA, constituind obiectul dosarului nr. ..... Prin Decizia nr. ..... din data de 21.08.2017, Consiliul a „admis, în parte, contestația formulată de ..... în contradictoriu cu ..... SA și obligat autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire, în termen de 10 zile, cu respectarea considerentelor expuse

în motivare, cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/ părților subcontractate. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicărea lor în SEAP. În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, a respins ca nefondate solicitările referitoare la modificarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, și cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a".

- contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. .....7, formulată de STRABAG SRL, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..... SA, constituind obiectul dosarului nr. ..... Prin Decizia nr. ..... din data de ....., Consiliul a „respins, ca inadmisibilă, contestația formulată de ..... în contradictoriu cu ..... SA".
- contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ....., formulată de ..... prin Liderul SC ..... SA, împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ....., emisă de ..... SA constituind dosarul nr. ...../..... Prin Decizia nr. .../...../..... din data de 09.05....., Consiliul a „admis contestația formulată de către Asocierea SC ..... prin Liderul SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA, anulează procesul verbal nr. 5 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire, și a celor cuprinse în motivarea prezentei decizii."

Ca urmare a punerii în aplicare a deciziilor anterioare, autoritatea contractantă a respins prin adresa de comunicare a rezultatului parțial al procedurii nr. ....., din nou, oferta Asocierii SC ..... , ca inacceptabilă și neconformă.

Ulterior luării la cunoștință a actului antemenționat, SC ..... SA, în calitate de lider al Asocierii SC ..... a formulat prezenta contestație, susținând că autoritatea contractantă i-a respins oferta în mod nelegal.

Față de cele de mai sus, Consiliul va soluționa contestația formulată de SC ..... SA analizând modalitatea în care a evaluat autoritatea contractantă oferta Asocierii SC ..... , luând în considerare prevederile documentației de atribuire, prevederile legislației incidente și susținerile părților.

Consiliul va reține că potrivit secțiunii IV.2.1) Criterii de atribuire din anunțul de participare, autoritatea contractantă a ales pentru prezenta procedură de atribuire criteriul *„Cel mai bun raport calitate-pret”*, în cadrul căruia a prevăzut factorul *„4. Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură”*, cu ponderea de 14% și următoarea descriere: *„Autoritatea contractantă acordă punctaj pentru ofertele care vor oferta o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptata de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor”*.

Potrivit secțiunii IV.2.1) Criterii de atribuire din fișa de date a achiziției, algoritmul de calcul aferent factorului de evaluare nr. 4 este următorul: *„Autoritatea contractantă acordă 14 puncte pentru ofertanții care vor oferta o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. Schimbarea stratului de uzura va fi inițiată în termen de maxim 1 lună de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție a lucrărilor și va fi realizată integral într-un termen ce nu va depăși 6 luni.*

Ofertanții vor prezenta în cadrul Propunerii Tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare.

Nota 1: Nu se acordă punctaje intermediare.

Nota 2: Cele două condiții (perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzura după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție) sunt cumulative în vederea acordării punctajului”.

Față de cele de mai sus, Consiliul va reține că perioada de garanție a lucrărilor și asumarea/angajamentul schimbării stratului de uzură într-o anumită perioadă din această perioadă de garanție sunt un element esențial al contractului de lucrări, fapt ce a determinat autoritatea contractantă să o puncteze ca atare, fiind factor de evaluare. Dar acest factor de evaluare nu trebuie să fie folosit de ofertanți cu scopul de a vicia rezultatul procedurii, prin ofertarea unor termene de garanție fără suport tehnic.

Potrivit prevederilor anterior citate din cuprinsul documentației de atribuire rezultă că perioada de garanție a lucrărilor este definită ca fiind perioada de timp în care executantul lucrărilor trebuie să asigure, din efort propriu, repararea sau înlocuirea acestora.

Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, cu modificările și completările ulterioare, prevede la art. 30 faptul că *„proiectantul, specialistul verificator de proiecte atestat, fabricanții și furnizorii de materiale și produse pentru construcții, executantul, responsabilul tehnic cu execuția autorizat, dirigintele de șantier autorizat, expertul tehnic atestat răspund potrivit obligațiilor ce le revin pentru viciile ascunse ale construcției, ivite într-un interval de 10 ani de la recepția lucrării, precum și după împlinirea acestui termen, pe toată durata de existență a construcției, pentru viciile structurii de*

rezistență rezultate din nerespectarea normelor de proiectare și de execuție în vigoare la data realizării ei".

Totodată potrivit art. 25 lit. k) din actul antemenționat, „*obligații și răspunderi ale executanților*" din același act normativ, una din obligații este „*remedierea, pe propria cheltuială, a defectelor calitative apărute din vina sa, atât în perioada de execuție, cât și în perioada de garanție stabilită potrivit legii*".

Prin adresa „Clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire" publicată în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub identificatorul *„[CN176940/064] Clarificare 9.pdf.p7s*", autoritatea contractantă a răspuns la solicitarea de clarificare formulată de un operator economic interesat astfel:

„Întrebare 5

Vă solicităm să precizați dacă ofertanții vor trebui să evidențieze separat în oferta financiară costurile aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. În cazul în care răspunsul este negativ, vă solicităm să precizați cum anume va putea verifica comisia de evaluare că ofertantul și-a prevăzut în prețul total ofertat această activitate, care are o pondere semnificativa din prețul ofertei.

Răspuns 5

Autoritatea contractantă a avut în vedere prevederile art. 187 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, respectiv „Factorii de evaluare prevăzuți la alin. (4) pot viza, printre altele: a) calitatea, inclusiv avantajele tehnice, caracteristicile estetice și funcționale, accesibilitatea, conceptul de proiectare pentru toți utilizatorii, caracteristicile sociale, de mediu și inovatoare și comercializarea și condițiile acesteia". Acest criteriu introduce un element calitativ complementar și suplimentar față de obligațiile care urmează să fie incluse de ofertanți în propunerea tehnică la nivel de cerințe minimale de îndeplinit privind aspectele de calitate a lucrărilor executate, reprezentând astfel un avantaj pentru autoritatea contractantă. Drept urmare, referitor la factorul de evaluare „Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură", ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici.

În ceea ce privește ofertarea, vă rugăm să aveți în vedere prevederile fișei de date a achiziției - IV.2.1) Criterii de atribuire - Algoritmul de calcul descris pentru factorul de evaluare sus menționat, respectiv: „Algoritm de calcul: Autoritatea contractantă acordă 14 puncte pentru ofertanții care vor oferta o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 de luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor. Schimbarea stratului de uzură va fi inițiată în termen de maxim 1 lună de la trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție a lucrărilor și va fi realizată

integral într-un termen ce nu va depăși 6 luni. Ofertanții vor prezenta în cadrul Propunerii Tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare. Nota 1: Nu se acordă punctaje intermediare. Nota 2: Cele două condiții (perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție) sunt cumulative în vederea acordării punctajului". De asemenea, vor fi avute în vedere și prevederile pct. III „Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură" din cadrul Formularului nr. 5, unde se menționează faptul că «[...] Ofertanții care vor să obțină punctaj pentru acest factor de evaluare, vor oferta în cadrul propunerii tehnice opțiunea de mai sus ce este punctată de autoritatea contractantă prin aplicarea ștampilei și a semnăturii de către reprezentantul legal în căsuța aferentă acesteia. [...] Ofertanții vor prezenta în cadrul propunerii tehnice metodologia ce va fi utilizată pentru schimbarea stratului de uzură, precum și programul de execuție al acestei activități, astfel încât să fie respectate termenele impuse prin factorul de evaluare»".

Pe parcursul evaluării ofertelor, în faza de verificare a propunerilor financiare prevăzută la art. 65 alin. (3) din HG nr. 395/2016 forma în vigoare la data publicării anunțului de participare, autoritatea contractantă a consemnat în procesul verbal nr. 13 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 13B/1370/02.07..... că Asocierea SC ..... a prevăzut în graficul de plăți din propunerea sa financiară costul aferent schimbării stratului de uzură la 60 de luni, în valoare de 16.072.347,90 lei fără TVA și a hotărât să solicite respectivului ofertant clarificări privind acest aspect.

Solicitările au fost transmise Asocierii SC ..... prin adresa nr. 13B/1371/02.07..... astfel:

„(...) urmare analizării și verificării propunerii financiare, în conformitate cu prevederile art. 133 alin. (1) și (3) din HG nr. 395/2016, coroborate cu prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare, vă rugăm să ne răspundeți la următoarele solicitări de clarificare cu privire la propunerea financiară încărcată în SEAP:

(...)

10. Ofertantul a prevăzut în Graficul de plăți categoria de lucrări Refacere strat uzură (frezare și Cernere) la 60 de luni în valoare de 16.072.347,90 lei fără TVA;

Având în vedere:

- *că în Graficul de plăți din Documentația de atribuire nu a fost prevăzut distinct costul schimbării stratului de uzură din perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor,*
- *că prin răspunsul autorității contractante nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: „Drept urmare, referitor la factorul de evaluare Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi*

suportate de către Antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici;

- că prin propunerea tehnică prezentată - Formularul 5 „Aspecte tehnice ofertate suplimentar față de cerințele minime ale documentației de atribuire” , Cap. III – „Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură” ofertantul și-a asumat o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor (aspect prevăzut ca factor de evaluare pentru care a fost punctat suplimentar) pentru care a fost punctat în mod corespunzător.

Comisia de evaluare solicită ofertantului să clarifice cum consideră îndeplinită cerința din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: „Drept urmare, referitor la factorul de evaluare Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către Antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici”, deoarece schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor a fost prevăzută distinct de către Ofertant în Graficul de Plăți.

Răspunsurile la solicitările de clarificări mai sus menționate vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele luate în considerare la fundamentarea economica a lucrărilor mai sus menționate, după caz; documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru conform art. 136 din Normele Metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016. Pentru fundamentarea economică a prețului, ofertantul va ține cont de Cerințele Beneficiarului și de soluțiile prezentate în Propunerea Tehnică”.

La această solicitare, Asocierea SC ..... a răspuns prin adresa nr. 1896/11.07..... astfel:

„Răspuns 10: Vă rugăm să regăsiți defalcarea prețului unitar pentru frezarea și așternerea stratului de uzură (la 60 de luni) în perioada de garanție de 84 de luni asumată prin propunerea tehnică și centralizatorul celor două activități pentru cantitatea de 374.266,5 mp de uzură. Din centralizator se observă că am luat în calcul un coeficient de actualizare de 13% pentru activitatea de frezare și 24% pentru activitatea de așternere. Atașat pag. 101÷103”.

La paginile 101 – 103 din anexa răspunsului de mai sus, Asocierea SC ..... a transmis comisiei de evaluare calcule prin care a fundamentat/ defalcat valoarea de 16.072.347,90 lei aferentă frezării și așternerii suprafeței de 374.266,50 mp.

Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție este un angajament al ofertantului, reprezentând o obligație asumată de acesta care va fi cuprinsă în contractul ce urmează a fi încheiat.

Față de aceste prevederi, deși garanția acordată acestor lucrări este un angajament asumat de către ofertant în scopul asigurării autorității contractante de îndeplinirea cantitativă, calitativă și în perioada convenită a contractului, neexistând nicio prevedere legală care să impună limite pentru garanțiile acordate de operatorii economici, Consiliul apreciază că o perioadă de garanție de 84 de luni (mai mare cu 40% față de cea cerută cu titlu minimal în caietul de sarcini), nesusținută tehnic și financiar, se poate aprecia ca fiind ofertată doar pentru acumularea unui punctaj mai mare la acest factor, fără ca ofertantul să precizeze cum anume a determinat această perioadă și fără să evidențieze costurile generate de înlocuirea/schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție.

În contextul unei diferențe substanțiale între durata de garanție a lucrărilor ofertată de contestator și durata de garanție minimă prevăzută în caietul de sarcini, o garanție foarte mare (asociată punctajului maxim pentru acest factor de atribuire), poate apărea ca un risc pentru autoritatea contractantă, realitatea unei astfel de propuneri tehnice - cum este cea prezentată de contestator - fără o justificare, respectiv detaliere a costurilor înlocuirii stratului de uzură după trecerea primelor 60 de luni de garanție.

Referitor la susținerile autorității contractante, din cuprinsul punctului de vedere cu privire la contestație, potrivit cărora *„atât perioada de garanție suplimentară, cât și angajamentul de schimbare a stratului de uzură în perioada garantată suplimentar constituie elemente ofertate în vederea obținerii punctajului aferent criteriului de evaluare nr. 4, costurile fiind suportate de către ofertant și drept urmare nu trebuie să se regăsească în cadrul propunerii financiare prezentate de către ofertant*", Consiliul va reține următoarele aspecte:

- Potrivit art. 3 lit. l) din Legea nr. 98/2016 *„contract de achiziție publică"* este un *„contractul cu titlu oneros, asimilat, potrivit legii, actului administrativ, încheiat în scris între unul sau mai mulți operatori economici și una ori mai multe autorități contractante, care are ca obiect execuția de lucrări, furnizarea de produse sau prestarea de servicii*" de unde rezultă că este un contract încheiat în formă scrisă, cu titlu oneros, cu obiect determinat, cu subiecte determinate, sinalagmatic și comutativ;
- Referitor la caracterul comutativ al contractului de achiziție publică, aceasta semnifică faptul că la încheierea contractului,

părțile cunosc întinderea prestațiilor la care se obligă și pot aprecia valoarea acestora ca fiind echivalentă, prestația fiecărei părți reprezentând echivalentul contraprestației celeilalte părți.

Prin urmare, contractul de achiziție publică nu poate fi interpretat în nicio situație ca fiind un contract *aleatoriu* care conferă părților șanse de câștig și pierdere. Potrivit art. 1660 c. civ prețul ofertat este ferm, determinat sau determinabil. Prețul contractului poate fi determinat cu precizie încă din etapa de semnare sau poate fi determinat pe parcursul execuției prin raportarea unor tarife/ onorarii/prețuri la cantitățile efectiv predate autorității contractante. Cu toate acesta, doar în situații de excepție părțile vor putea conveni modificări ale prețului contractului ofertat inițial, în cadrul unor mecanisme juridice precise.

Prin clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire, autoritatea contractantă a ales să răspundă la întrebare concretă de forma *„Vă solicităm să precizați dacă ofertanții vor trebui să evidențieze separat în oferta financiară costurile aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor”* în mod evaziv, prin simpla reproducere a prevederilor documentației de atribuire și a art. 187 alin. (5) lit. a) din Legea nr. 98/2016, limitându-se doar la precizări generice de forma *„(...) ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici (...)”,* fără să precizeze din ce fonduri vor fi suportate de către antreprenor.

Ținând cont de caracterul oneros al contractului de achiziție publică, în care fiecare parte procura celeilalte un avantaj numai în schimbul unui alt avantaj echivalent, Consiliul va reține că, contrar opiniei autorității contractante, răspunsul nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire nu interzice ofertanților să prevadă în propunerea financiară cheltuielile necesare schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție, ci subliniază faptul că „*acestea vor fi suportate de către antreprenor*” din valoarea totală ofertată și „*nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici*”, cu alte cuvinte, vor fi decontate de către autoritatea contractantă executantului la valorile prevăzute în propunerea financiară, fără actualizarea acestora conform indicilor statistici.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă trebuie să se asigure încă din faza de evaluare a ofertelor de faptul că ofertanții au prevăzut în ofertă costurile necesare tuturor prestațiilor, inclusiv cele de

natura garanției acordată lucrărilor, cum ar fi schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție.

Mai mult, Consiliul reține faptul că legiuitorul nu a impus în sarcina autorității contractante doar obligația de a solicita justificări, în sensul de a întocmi o simplă adresă de solicitare pentru a demonstra îndeplinirea acestei obligații, ci și de a efectua verificări detaliate ale tuturor componentelor care formează perioada de garanție ofertată pentru respectivele lucrări, în condițiile în care legiuitorul stabilește o prezumție relativă de încălcare a principiilor nediscriminării, tratamentului egal și transparenței necesare pentru atribuirea unui contract de achiziție publică.

Raportat la întrebarea nr. 10 din adresa nr. 13B/1371/02.07..... prin care comisia de evaluare a solicitat contestatorului:

- atât *„să clarifice cum consideră îndeplinită cerința din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor”* cât și

- *„dovezi concludente privind elementele luate în considerare la fundamentarea economica a lucrărilor mai sus menționate (...)”*,

Consiliul apreciază că răspunsul contestatorului, constând în defalcarea/ detalierea costului aferent schimbării stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție răspunde în mod obiectiv întrebării comisiei de evaluare.

Faptul că, în documentația de atribuire, s-a prevăzut acordarea punctajului maxim pentru cea mai mare durată de garanție ofertată, nu înseamnă acceptarea de către autoritatea contractantă a oricărei durate de garanție, indiferent dacă aceasta este justificată sau nu de ofertanți. Într-o interpretare contrară, cum este cea exprimată de autoritatea contractantă în punctul de vedere nr. 57107/13.08....., potrivit căruia „costurile fiind suportate de către ofertant și drept urmare nu trebuie să se regăsească în cadrul propunerii financiare prezentate de către ofertant”, s-ar putea ajunge la obținerea unui punctaj maxim pentru durate de garanție fără susținere, ofertate doar în scopul câștigării contractului.

Termenul de garanție propus de contestator împreună cu angajamentul schimbării stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție nu este un element pur formal al ofertei, prezumat a fi valabil și admis indiferent de întinderea sa, ci reprezintă un element esențial al propunerii tehnice, a cărui realitate/sustenabilitate trebuie să fie verificată cu maximă atenție de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, și confirmată de ofertant prin documentele înaintate autorității, ceea ce s-a întâmplat în prezenta procedură.

Eventuala diferență între perioada de garanție de 60 de luni prevăzută cu titlu minimal de autoritatea contractantă și 84 de luni

ofertată de contestator împreună cu schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție ar trebuit să se regăsească în prețul total ofertat al lucrării, cheltuieli din care să poată suporta contravaloarea ofertării acestei garanții îndelungate, susținerea tehnică a garanției lucrării trebuind să se oglindească și să se regăsească și în susținerea financiară a acesteia, și nu doar ca simplă declarație în cadrul propunerii tehnice.

De asemenea, oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezumate a fi valabile și admise, fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii financiare a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare, în baza art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016 și confirmate de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

La calcularea acestui preț, operatorii economici trebuie să țină cont și de perioada de garanție acordată lucrării suplimentar cerințelor minime din caietul de sarcini, garanție care reprezintă un angajament asumat de către ofertant în scopul asigurării autorității contractante că în cadrul acestei perioade, această firmă are obligația să înlăture pe cheltuiala sa toate deficiențele lucrărilor și să înlocuiască stratul de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție.

Rezultă astfel că ofertantul Asocierea SC ..... în prețul ofertat se obligă pe lângă execuția propriu zisă a lucrării să efectueze și să înlăture, pe cheltuiala sa, și toate deficiențelor apărute în perioada de garanție și să înlocuiască stratul de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție.

Față de cele de mai sus, Consiliul apreciază că, pentru ca acest factor de evaluare să asigure o concurență reală, autoritatea contractantă ar fi trebuit să verifice:

- pe de o parte exactitatea declarației din cadrul formularului nr. 5 cu privire la perioada de garanție de 84 luni și schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție raportat la metodologia și programul de execuție prezentate cu privire la aceste aspecte în cadrul propunerii tehnice și,
- pe de altă parte, modul concret în care se regăsesc activitățile și costurile schimbării stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție în prețul ofertat.

Raționamentul de mai sus se regăsește și în Hotărârea nr. 2357/31.05....., pronunțată de Curtea de Apel ..... în dosarul nr. 2631/2/....., prin care a fost respinsă ca nefondată plângerea formulată de aceeași autoritate contractantă ca și în prezenta procedură de atribuire.

Totodată, Consiliul va reține că obligația efectuării verificărilor de mai sus rezultă și din prevederile art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, prin care este pusă în sarcina comisiei de evaluare activitatea de „***verificare a propunerilor financiare*** *prezentate de ofertanţi,* ***inclusiv verificarea conformităţii cu propunerile tehnice***".

În cadrul Hotărârii din 10 mai 2012 pronunțată de CJUE în cauza C-368/10, s-a reținut că

„86 În al doilea rând, articolul 53 alineatul (1) litera (a) din Directiva 2004/18 prevede ca criteriile de atribuire să fie legate de obiectul contractului. În această privință, considerentul (46) al directivei menționate precizează, la al treilea paragraf, că „determinarea criteriilor depinde de obiectul contractului în măsura în care permit evaluarea nivelului de performanță prezentat de fiecare ofertă în raport cu obiectul contractului, astfel cum este definit în specificațiile tehnice, precum și măsurarea raportului calitate/preț prezentat de fiecare ofertă", „oferta cea mai avantajoasă din punct de vedere economic" fiind „[cea care] prezintă cel mai bun raport calitate/preț".

87 În al treilea rând, astfel cum rezultă din primul și din al patrulea paragraf ale acestui considerent, respectarea principiilor egalității, nediscriminării și transparenței impune ca criteriile de atribuire să fie obiective, ceea ce asigură obiectivitatea comparării și a evaluării ofertelor și, prin urmare, condiții de concurență efectivă. Situația ar fi diferită în ceea ce privește criteriul care ar conferi autorității contractante o libertate de alegere necondiționată (a se vedea în ceea ce privește prevederile similare din directivele anterioare Directivei 2004/18, Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland,

C- 513/99, Rec., p. I- 7213, punctul 61 și jurisprudența citată).

88 În al patrulea și ultimul rând, după cum se subliniază în al doilea paragraf al considerentului respectiv, aceleași principii impun autorității contractante să asigure în toate stadiile procedurii de atribuire a unui contract de achiziții publice atât principiul egalității de tratament al ofertanților potențiali, cât și pe cel al transparenței criteriilor de atribuire, fiind necesar ca acestea să fie formulate astfel încât să permită tuturor ofertanților informați în mod rezonabil și care dau dovadă de o diligență normală să înțeleagă conținutul exact al acestora și să le interpreteze în același mod (a se vedea printre altele, în ceea ce privește prevederile similare din directivele anterioare Directivei 2004/18,

Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C- 448/01, Rec., p.

I- 14527, punctele 56-58)".

Totodată, având în vedere considerentul 103 din cadrul Directivei 2014/24/UE „***Ofertele care par anormal de scăzute*** *în raport cu lucrările, produsele sau serviciile ar putea să se bazeze pe ipoteze sau practici necorespunzătoare din punct de vedere tehnic, economic sau juridic. Dacă ofertantul nu poate furniza o explicație suficientă, autoritatea contractantă ar trebui să aibă dreptul de a refuza oferta",* coroborat cu art. 69 alin. (1) din directivă *„Autoritățile contractante* ***solicită*** ***operatorilor economici să explice prețul*** *sau* ***costurile*** *propuse în ofertă, în cazul în care ofertele par a fi anormal de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile respective*" și art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, Consiliul stabilește că, în speța dedusă soluționării, autoritatea contractantă avea obligația de a solicita contestatorului să demonstreze posibilitatea concretă de asigurare a garanției de 84 de luni pentru lucrările oferite și costurile prevăzute în oferta sa inclusiv pentru schimbarea stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție, aceste elemente constituind factori de evaluare aplicabili pentru desemnarea ofertantului câștigător.

Faptul că Asocierea SC ..... a evidențiat în mod distinct în oferta sa costul schimbării stratului de uzură nu contravine răspunsului nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire deoarece:

- pe de o parte, suma 16.072.347,90 lei aferentă frezării și așternerii suprafeței de 374.266,50 mp se regăsește în prețul total ofertat, urmând a fi suportată de către antreprenor din valoarea ofertată fără actualizarea acestora conform indicilor statistici

  și,
- pe de altă parte, pentru că evidențierea distinctă a sumei aferentă schimbării stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție facilitează aplicarea corectă (pe perioada de derulare a contractului) a prevederilor tezei

finale din răspunsul nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire potrivit cărora *„costurile aferente schimbării stratului de uzură (...) nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici*" deoarece autoritatea contractantă are cunoștință în acest fel de natura și cuantumul sumelor care nu vor trebui actualizate.

Cu toate acestea, ulterior recepționării răspunsului Asocierea SC ..... nr. 1896/11.07....., autoritatea contractantă revine cu adresa nr. 13B/1885/17.07....., solicitând acestui ofertant un nou set de clarificări, astfel:

„Solicitare de clarificare nr. 4:

În clarificarea anterioară, comisia de evaluare a solicitat ofertantului să clarifice cum considera îndeplinită cerința din Clarificarea nr. 9 la Documentația de atribuire, răspunsul autorității contractante nr. 5, referitor la evidențierea în oferta financiară a costurilor aferente schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, și anume: „Drept urmare, referitor la factorul de evaluare Perioada de garanție a lucrărilor și schimbarea stratului de uzură, ofertanții sunt informați că, în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către Antreprenor și nu vor beneficia de actualizare conform indicilor statistici, deoarece schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor a fost prevăzută distinct de către Ofertant în Graficul de Plăți.

Astfel, Ofertantul a prevăzut distinct costul schimbării stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor în Graficul de plăți și aceasta conducând la neîndeplinirea cerinței prezentate în răspunsul autorității contractante nr. 5, din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire și anume „costurile aferente schimbării stratului de uzura, acestea vor fi suportate de către Antreprenor".

Având în vedere că ofertantul și-a asumat o perioadă de garanție a lucrărilor de 84 luni (față de perioada de garanție minim acceptată de 60 luni) împreună cu schimbarea stratului de uzură în perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, care ar trebui să fie „suportate de către antreprenor", (aspect prevăzut ca factor de evaluare pentru care a fost punctat suplimentar), comisia de evaluare solicită din nou Ofertantului să clarifice de ce aceste costuri care ar trebui să fie „suportate de către antreprenor", sunt evidențiate distinct în propunerea financiară?".

Asocierea SC ..... a răspuns la solicitarea autorității contractante prin adresa nr. 2068/20.07....., potrivit căreia „confirmăm încă o dată, astfel cum rezultă din oferta subscrisei, că în ceea ce privește costurile aferente schimbării stratului de uzură, acestea vor fi suportate de către antreprenor și nu vom beneficia de actualizare conform indicilor statistici. Totodată, precizăm că ne menținem perioada de garanție de 84 de luni, împreună cu schimbarea stratului de uzură în

perioada suplimentar ofertată de garanție a lucrărilor, precum și oferta financiară.

Indicarea distinctă în cadrul ofertei a costurilor aferente schimbării stratului de uzură s-a efectuat dintr-o eroare materială (provocată de momentul efectiv de execuție a acestei lucrări), care nu este de natură să impacteze asupra perioadei de garanție a lucrării și nici asupra ofertei financiare, aceste costuri făcând parte proporțional din categoriile de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1 din graficul de plăți.

Totodată, vă solicităm să ne comunicați dacă autoritatea contractantă dorește să retransmitem graficul de plăți".

Ulterior, autoritatea contractantă a consemnat în procesul verbal nr. 15 înregistrat sub nr. ..... decizia de respingere a ofertei depusă de Asocierea SC ..... , în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 conform cărora „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată neconformă", motivat de faptul că prin răspunsul nr. 2068/20.07..... „ofertantul își menține valoarea totală a ofertei financiare iar costurile aferente schimbării stratului de uzură var fi redistribuite proporțional către categoriile de lucrări 3.1.2, 4.1.5, 4.2.5, 4.3.5, 4.4.5, 4.5.5, 4.6.5, 4.7.5, 4.8.5, 4.9.5, 5.1.1.2, 5.1.2.5, 5.2.1.2, 5.2.2.5, 6.1.2, 6.2.1.5, 6.2.2.5, 6.2.3.5, 6.2.4.5, 7.1 din graficul de preț, ofertantul solicitând totodată autorității contractante permisiunea retransmiterii graficului de plăți, fapt ce va conduce implicit la modificarea propunerii financiare depusă inițial".

Verificând la rândul său răspunsul nr. 2068/20.07..... la solicitarea de clarificare, raportat la propunerea financiară a Asocierii SC ..... , Consiliul constată că autoritatea contractantă este și de această dată în eroare deoarece prin adresa nr. 2068/20.07....., Asocierea SC ..... nu și-a modificat propunerea financiară ci și-a exprimat acordul să redistribuie sumele aferente schimbării stratului de uzură după trecerea primelor 60 luni aferente perioadei de garanție, conform cerinței comisiei de evaluare.

Mai mult, din verificarea răspunsului nr. 2068/20.07....., Consiliul constată că Asocierea SC ..... nu a solicitat autorității contractante retransmiterii graficului de plăți ci doar și-a exprimat disponibilitatea să retransmită acest document la cererea comisiei de evaluare.

Față de cele de mai sus, Consiliul constată că în speță nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 pentru respingerea ofertei ca inacceptabilă deoarece Asocierea SC ..... nu și-a modificat în niciun fel propunerea financiară prin răspunsul nr. 2068/20.07..... la solicitarea de clarificări.

În acest sens, Consiliul constată că autoritatea contractantă nu a indicat/nominalizat nici în procesul verbal nr. 15 și nici în actul atacat prin contestație – adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..... care ar fi modificarea concretă survenită în propunerea financiară a Asocierii SC ..... , limitându-se la simple scenarii și supoziții de forma „(...) ofertantul solicitând autorității contractante permisiunea retransmiterii graficului de plăți, fapt ce va conduce implicit la modificarea propunerii financiare (...)".

Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte sau a unei decizii comerciale - care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei.

Ori, câtă vreme autoritatea contractantă, în exercitarea atribuțiilor sale exclusive, prevăzute la art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016 nu a constatat concret vreo modificare a propunerii financiare depusă de Asocierea SC ..... , aceasta nu avea dreptul să respingă oferta contestatorului în baza art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Față de cele de mai sus, rezultă că respingerea ofertei contestatorului nu s-a datorat vreunei culpe a acestuia ci a fost, în fapt, rezultatul acțiunilor autorității contractante, prin interpretarea eronată de către comisia de evaluare a răspunsului nr. 5 din clarificarea nr. 9 la documentația de atribuire.

art. 210Raportat la cele evocate și ținând seama că printre atribuțiile comisiei de evaluare sunt și cele de verificare a propunerilor financiare prezentate de ofertanți, inclusiv verificarea conformității cu propunerile tehnice, verificarea aritmetică, verificarea încadrării în fondurile care pot fi disponibilizate pentru îndeplinirea contractului de achiziție publică respectiv, precum și, dacă este cazul, verificarea încadrării acestora în situația prevăzută la art. 210 din Lege, așa cum este prevăzut la art. 127 alin. (1) lit. h) din HG nr. 395/2016, Consiliul constată că această verificare s-a făcut în cazul ofertei depusă de Asocierea SC ..... cu un formalism excesiv și, pe cale de consecință, critica contestatorului privind nelegalitatea evaluării ofertei sale este fondată, urmând să fie admisă.

Având în vedere dispozițiile art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite în parte contestația depusă de SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA, va anula procesul verbal nr. 15 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă la reevaluarea

ofertelor potrivit celor reținute în motivare, a prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 15 zile de la comunicare.

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va respinge ca lipsită de obiect solicitarea contestatorului SC ..... SA de anulare a raportului procedurii de atribuire.

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

DECIDE:

Respinge ca nefondată excepția tardivității, invocată de autoritatea contractantă.

Admite în parte contestația depusă de SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA, anulează procesul verbal nr. 15 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă la reevaluarea ofertelor potrivit celor reținute în motivare, a prevederilor legale și a documentației de atribuire, în termen de 15 zile de la comunicare.

Admite excepția lipsei de obiect invocată de autoritatea contractantă și, pe cale de consecință, respinge ca lipsită de obiect solicitarea contestatorului SC ..... SA de anulare a raportului procedurii de atribuire.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 32 (treizecișidouă) pagini.