

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

DECIZIE

Nr. 2334 / C9 / 2406

Data: 07.11.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 48929/05.10.2022, depusă de (...) SRL, cu sediul social în, împotriva comunicării privind rezultatul procedurii nr. 4062/23.09.2022 și a raportului procedurii nr. 4059/ 23.09.2022, emise în cadrul procedurii simplificate, organizată de (...) cu sediul în str. ..., în calitate de autoritate contractantă, pentru atribuirea contractului de Servicii de proiectare și execuție lucrări pentru investiția *Modernizare drumuri de exploatare în satele Corzu și Smadovița, (...), județul Mehedinți*, Cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), contestatoarea a solicitat:

- anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. 4062/23.09.2022, publicată în SEAP în data de 26.09.2022, prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 4059/23.09.2022, comunicat în SEAP în data de 26.09.2022 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe acestuia, în ceea ce privește declararea ofertei depuse de asocierea (...) SRL - (...) SRL câștigătoare, respectiv de declarare ca inacceptabilă a ofertei sale;

- obligarea autorității contractante la reevaluarea temeinică și legală a ofertei sale, cu consecința constatării caracterului admisibil și conform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, în conformitate cu prevederile legale și în condițiile/limitele stabilite în decizia ce se va pronunța.

- studierea dosarului achiziției și repunerea în termenul de contestare.

Prin adresa nr. 2465/02.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 53776/02.11.2022, asocierea (...) SRL – SC (...), prin liderul asocierii (...) SRL, cu sediul în, a depus cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție; respingerea contestației formulată de (...) SRL ca nefondată; menținerea ca temeinice și legale a actelor administrative ale autorității contractante, respectiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr.

4062/23.09.2022 și raportul procedurii de atribuire nr. 4059/23.09.2022.

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

**CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR,
asupra cauzei de față, constată următoarele:**

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care ofertantul (...) SRL critică rezultatul procedurii, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Ca aspecte prealabile, contestatoarea solicită accesul la dosarul achiziției și repunerea în termenul de contestare.

Susține că este abuzivă și nelegală conduita autorității contractante de a nu îi pune la dispoziție documentele privind evaluarea realizată în referire la propunerile tehnice și financiare depuse. De asemenea, arată că raportul procedurii nu a fost publicat în mod complet.

Apreciază că nu a fost dovedit caracterul confidențial al documentelor care nu au fost puse la dispoziție. Este invocată practica curților de apel.

Contestatoarea solicită accesul la documentele din dosarul achiziției referitoare la oferta depusa de ofertantul declarat câștigător, întrucât autoritatea contractantă a restricționat în mod nejustificat accesul la aceste documente. În temeiul art. 186 din C. pr. Civ, solicită admiterea cererii de repunere în termenul procedural de contestare a ofertei Asocierii (...), de la data la care i se va permite studiul dosarului de achiziție publică.

În susținerea solicitării de repunere în termenul de contestare invocă Decizia nr. 3191 din 21 octombrie 2013 pronunțată de către Curtea de Apel Pitești și Decizia nr. 3066 din 22 septembrie 2017, pronunțată de către Curtea de Apel Cluj.

Susține că, în comunicarea rezultatului procedurii, nu sunt cuprinse motivele concrete ce au stat la baza deciziei de respingere a ofertei sale, ci doar motive generale care nu sunt în niciun caz justificate prin raportare la cerințele documentației de atribuire, invocând art. 215 din Legea nr. 98/2016.

Cu privire la decizia autorității contractante în ceea ce privește declararea ca inacceptabilă a ofertei sale, consideră că aceasta este nelegală, prezentând argumente în acest sens.

Astfel, prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a reținut pretinsa neconcludență a răspunsurilor la solicitările de clarificări adresate pe parcursul evaluării propunerii tehnice.

În speță, prin solicitarea de clarificări nr. 3525/23.08.2022, autoritatea contractantă a solicitat o serie de clarificări privind:

(i) justificarea realizării asistenței tehnice din prima zi până în ultima zi;

(ii) justificarea lipsei amorsării suprafeței înainte de primul strat de mixtură asfaltică;

(iii) justificarea lipsei amorsării din Metodologia de execuție, grafic, PCCVI prezentată.

Contestatoarea susține că a răspuns în mod complet și justificat prin adresa nr. 3332/24.08.2022.

În ceea ce privește justificarea realizării asistenței tehnice din prima zi până în ultima zi, contestatoarea susține că, în mod abuziv, nelegal și cu încălcarea principiului proporționalității, autoritatea contractantă reține neconcludența răspunsului său. În realitate, autoritatea contractantă creează un pretins motiv de respingere a ofertei sale. Maniera de reflectare a activității de asistență tehnică în graficul Gantt, din prima până în ultima zi a contractului, nu are niciun impact asupra conformității propunerii tehnice și cu atât mai puțin asupra propunerii financiare.

Faptul că, în perioada de proiectare, se realizează activități specifice de proiectare nu înseamnă că proiectantul nu acordă asistență tehnică antreprenorului în acea perioadă. În cele din urmă, proiectantul este „prezent” în cadrul contractului de la bun început, iar simpla distincție terminologică între tipul activității desfășurată de acesta pe perioada proiectării, respectiv pe perioada execuției lucrărilor, nu este de natură să modifice în niciun fel această concluzie.

În subsidiar, comisia de evaluare ar fi putut solicita clarificări suplimentare și, eventual, modificarea graficului Gantt strict din punct de vedere terminologic fără ca o astfel de modificare să reprezinte o modificare a ofertei depuse.

Consideră că demersul autorității contractante de respingere a ofertei pe considerentul că a fost specificată în mod eronat asistența tehnică în graficul Gantt, este nejustificat și absurd. Pe de altă parte, în comunicarea rezultatului procedurii nu se indică nicio cerință a documentației de atribuire care ar fi fost încălcată și nici vreo dispoziție legală imperativă eventual nerespectată.

În ceea ce privește justificarea lipsei amorsării suprafeței înainte de primul strat de mixtură asfaltică, respectiv din Metodologia de execuție, grafic și PCCVI prezentat, contestatoarea precizează că, prin comunicarea rezultatului procedurii, autoritatea contractantă invocă faptul că răspunsul ar fi neconcludent, deoarece studiul de fezabilitate nu conține toate cantitățile de lucrări realizate cu precizie, acest lucru fiind obligația proiectantului de la faza PT. De asemenea, mai reține faptul că nu ar fi respectat prevederea art. 82 din Normativul AND 605 și că amorsarea înainte de primul strat de mixtură asfaltică nu s-ar regăsi în

propunerea tehnică, amorsarea fiind o activitate distinctă ce trebuie obligatoriu realizată pentru a pune în operă straturile de mixtură asfaltică.

Contestatoarea susține că autoritatea contractantă nu ține cont de propria documentație de atribuire. Faptul că studiul de fezabilitate nu conține toate cantitățile de lucrări realizate cu precizie, nu poate fi un argument suficient și temeinic pentru respingerea ofertei sale. Atât timp cât a respectat tocmai documentația de atribuire elaborată de autoritatea contractantă, este nelegală și disproporționată măsura respingerii ofertei sale. De altfel, nu există nicio cerință a documentației de atribuire pe care să nu o fi respectat, iar autoritatea contractantă nici nu poate să indice o astfel de cerință.

Graficul Gantt prezentat în cadrul propunerii tehnice (paginile 480-483) respectă întocmai cerințele documentației de atribuire, așa cum aceasta a fost adusă la cunoștința operatorilor economici.

În concret, în accețiunea autorității contractante, în mod absurd, în elaborarea propunerii tehnice, ar fi trebuit să ignore listele de cantități din Studiul de fezabilitate, întrucât nu ar fi precise, dar, în același timp, ar fi fost obligată să le respecte în formularea propunerii financiare.

Astfel, conform clarificării nr. 1343/17.03.2022, în cadrul propunerii financiare, pentru fundamentarea prețului, ofertantul trebuia să prezinte prețuri pe categoriile de lucrări în conformitate cu evaluările pe categorii de lucrări cuprinse în cadrul studiului de fezabilitate atașat documentației de atribuire (Studiu de fezabilitate pag. 59-60).

Or, în Studiul de fezabilitate, activitatea de amorsare era prevăzută doar între straturile de mixturi asfaltice, nu și înainte de așternerea stratului de BADPS22.40.

Totodată, aceeași concluzie se impune și raportat la evaluarea pe categorii de lucrări inclusă în DALI.

Tocmai pe aceste premise, în cadrul propunerii financiare (pag. 14-15) din oferta sa, contestatoarea precizează că a respectat Studiul de fezabilitate și listele cu evaluări din cadrul DALI și prin urmare a inclus activitatea de amorsare doar înainte de așternerea stratului de uzura BAPC16, respectiv între cele două straturi de mixturi.

Respectând în mod corespunzător documentația de atribuire, consideră că nu i se poate fi imputată o eventuală lipsă a activității de amorsare înainte de stratul de mixtură asfaltică atât timp cât aceasta nu a fost impusă/prevăzută.

Documentația de atribuire acceptată și necontestată a devenit obligatorie în forma publicată în SEAP, atât pentru ofertanți, la întocmirea ofertelor, cât și pentru autoritatea contractantă în etapa de evaluare, invocând în susținere practica Consiliului.

Mai mult decât atât, consideră că autoritatea contractantă se află în eroare cu privire la cerințele de natură tehnică, astfel cum acestea rezultă din Normativul AND 605. Activitatea de amorsare dinainte de

așternerea stratului de mixtură asfaltică nu este obligatorie. Pe de altă parte, amorsarea dinainte de așternerea stratului de uzură este prevăzută întocmai în propunerea sa tehnică, corespunzător listelor de cantități impuse prin documentația de atribuire și a fost, totodată, cotată din punct de vedere financiar.

Cu privire la decizia de a declara câștigătoare oferta asocierii (...), susține că a fost adoptată cu încălcarea prevederilor documentației de atribuire și a legislației în materia achizițiilor publice, prezentând în susținere argumentele expuse în continuare.

Asocierea (...) nu a respectat cerințele privind modul de prezentare a graficului Gantt. În acest sens, indicând prevederile fișei de date și ale caietului de sarcini, menționează că propunerea tehnică prezentată de asocierea (...) este neconformă, întrucât nu răspunde cerințelor din documentația de atribuire, respectiv:

a) Graficul de execuție prezentat de Asocierea (...) nu a fost realizat la un nivel de detaliere corespunzător (activități și sub activități), nivel ce să probeze transpunerea prevederilor caietului de sarcini într-un plan de implementare fezabil;

b) Graficul Gantt nu evidențiază în mod distinct activitățile care vor fi realizate de către subcontractanți;

c) Pentru probarea transpunerii prevederilor caietului de sarcini într-un plan de implementare fezabil, ar fi trebuit ca pe graficul tip Gantt să fie transpuse/figurate și activitățile de interfațare cu lucrările existente, precum și realizarea testelor pe parcursul lucrării. Aceste operațiuni nu au fost prezentate în graficul propus de asocierea (...).

Metodologia de execuție prezentată de către asocierea (...) în cadrul propunerii tehnice nu acoperă toate lucrările prevăzute în cadrul caietului de sarcini/documentației de atribuire. În aceste condiții, este demonstrat faptul că ofertantul nu a înțeles care sunt cerințele și nevoile autorității contractante.

Prezentarea unor proceduri tehnice de execuție ale lucrărilor, la modul general, neadaptate la specificul lucrărilor obiectivelor investiției curente atrage respingerea ofertei ca neconformă. Autoritatea contractantă trebuia să manifeste un rol activ și să clarifice aceste aspecte, iar rezultatul analizei asupra acestor aspecte să se regăsească în cadrul înscrisurilor elaborate de membrii comisiei de evaluare.

Contestatoarea mai susține și nelegalitatea evaluării ofertei asocierii (...) în ceea ce privește modul de prezentare a propunerii financiare.

În acest sens, prezentând cerințele din documentația de atribuire, referitoare la elaborarea propunerii financiare, contestatoarea consideră că propunerea financiară prezentată de Asocierea (...) nu respectă aceste cerințe, respectiv:

a) Asocierea (...) a omis defalcarea categoriilor de lucrări și servicii eligibile și neeligibile;

b) Asocierea (...) nu a prevăzut costuri suficiente cu organizarea de șantier;

c) Asocierea (...) nu a prezentat informații privind fundamentarea capitolului de cheltuieli Proiectare și asistență tehnică;

d) Graficul de plăți prezentat nu satisface cerințele documentației de atribuire, în sensul că sumele ofertate nu sunt defalcate pe categoriile principale/categorii de lucrări, respectiv aceste categorii nu sunt eșalonate pe luni calendaristice în conformitate cu Graficul depus în cadrul propunerii tehnice (graficul Gantt).

Toate aceste lipsuri și/sau inadvertențe de la nivelul ofertei prezentate de asocierea (...) au fost în mod nelegal ignorate de comisia de evaluare care nu a considerat necesare nici măcar minime clarificări.

Precizează că, în timp ce oferta sa a fost analizată cu strictețe, cu verificarea în detaliu a tuturor elementelor propunerii tehnice, fiind solicitate inclusiv clarificări, comisia de evaluare nu a aplicat același tratament și în cazul ofertantului declarat câștigător, autoritatea contractantă încălcând principiul tratamentului egal.

Chiar și în ipoteza în care, într-o eventuală reevaluare a ofertei Asocierii (...), comisia de evaluare ar solicita clarificări privind inadvertențele sesizate, acestea deschid posibilitatea ofertantului de a-și modifica substanțial oferta. Astfel, în privința acestor deficiențe, conform practicii judiciare, acestea ar excede obiectului clarificărilor așa cum este acesta reglementat de art. 209 din Legea nr. 98/2016, atrăgând obligația autorității contractante de a acționa în consecință, respectiv de a respinge oferta asocierii (...).

Prin adresa nr. 4488/17.10.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 51078/18.10.2022, autoritatea contractantă transmite dosarul achiziției și punctul de vedere prin care solicită respingerea contestației ca nefondată în conformitate cu prevederile art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu prevederile art. 134 alin. (5) și (6) din HG nr. 395/2016, cu modificările și completările ulterioare.

Autoritatea contractantă precizează că, în urma verificării conformității propunerii tehnice depusă în SEAP de către ofertantul (...) SRL cu prevederile caietului de sarcini și după analiza răspunsului la solicitările de clarificări transmis de către acest ofertant, comisia de evaluare declară oferta tehnică prezentată de acest ofertant inacceptabilă, deoarece conține răspunsuri neconcludente la solicitările de clarificări.

Menționează că, prin adresa nr. 3525/23.08.2022, s-au solicitat clarificări către (...) SRL.

Prin adresa nr. 3332/24.08.2022, ofertantul răspunde și precizează, după cum urmează:

La întrebarea 1. precizează faptul că proiectantul va participa alături de executant din prima zi (predare documentației și amplasament

până la recepția la terminarea lucrării. Răspunsul este neconform cu prevederile legale, asistența tehnică pe perioada execuției lucrărilor, așa cum rezultă și din denumire și din prevederile HG nr. 907 (cap. 3.8.1 cuprinde asistență tehnică din partea proiectantului: a) pe perioada de execuție a lucrărilor; b) pentru participarea proiectantului la fazele incluse în programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții; se desfășoară între data ordinului de începere a lucrărilor și data finalizării acestora, Graficul Gantt prezentat este neconform, deoarece activitatea de asistență tehnică pe perioada execuției lucrărilor trebuia să înceapă simultan cu cea de începere a execuției lucrărilor. Restul activităților la care face referire ofertantul în răspunsul la clarificări sunt specific fazei de realizare a proiectului tehnic și sunt deja prezente în graficul Gantt. Eroarea cu privire la asistența tehnică proiectant este evidentă.

La întrebarea 2 ofertantul răspunde că a respectat listele de cantități de la faza SF și prevederile art. 81 alin. (1) și (5) din AND 605/2016.

Răspunsul este neconform, deoarece studiul de fezabilitate nu conține toate cantitățile de lucrări realizate cu precizie, acest lucru fiind obligația proiectantului de la faza PT, iar normativul AND 605 prevede la art. 82. - Amorsarea

„(1) La realizarea straturilor executate din mixturi asfaltice se amorsează stratul-suport și rosturile de lucru.

(2) Amorsarea se realizează uniform, cu un dispozitiv special care poate regla cantitatea de liant.

(3) În funcție de natura stratului-suport, cantitatea de bitum rămasă după aplicarea amorsajului trebuie să fie de 0,3...0,5 kg/m²”

Autoritatea contractantă consideră că ofertantul nu a respectat această prevedere legală. Amorsarea înainte de primul strat de mixtură asfaltică nu se regăsește în propunerea tehnică. Motivația că a inclus doar activitățile principale în propunerea tehnică nu poate fi luată în considerare atât timp cât normativul AND 605 prevede această activitate. În graficul Gantt și PCCVI prezentate nu se face referire la realizarea amorsării înainte de turnarea vreunui strat de mixtură asfaltică, fapt care vine în contradicție cu normativul 605, tehnologia propusă nefiind una conformă.

La întrebarea 3 ofertantul precizează că a respectat documentația de atribuire care cerea ca metodologia și restul documentelor să evidențieze activitățile care concură la finalizarea lucrării.

Răspunsul este neconform, deoarece amorsarea stratului suport este prevăzută imperios de normativul AND 605, ea fiind o activitate distinctă ce trebuie obligatoriu realizată pentru a pune în operă straturile de mixtură asfaltică, fiind încălcat astfel art. 82 din Normativul AND 605.

În ceea ce privește solicitarea de acces la dosarul achiziției și repunerea în termenul de contestare precizează că, întrucât (...) SRL, ca

și (...) SRL de altfel, a depus declarație de confidențialitate atât pentru propunerea tehnică, cât și pentru răspunsurile la solicitările de clarificări, nu a permis studierea documentelor declarate confidențiale din raportul tehnic, raportul procedurii și alte documente.

Susține că a respectat tratamentul egal și a acoperit în raportul procedurii atât partea privitoare la (...), cât și cea referitoare la (...).

Consideră netemeinică invocarea de către contestatoare a faptului că raportul procedurii nu ar conține toate punctele din Legea nr. 98/2016, art. 216, acesta conținând toate elementele componente, doar că acestea nu sunt accesibile în totalitate ofertanților din motive legate de confidențialitate.

În ceea ce privește susținerea contestatoarei cu privire la faptul că adresa de comunicare a rezultatului procedurii nu ar respecta prevederile legale solicită respingerea acesteia ca fiind netemeinică, deoarece în adresa de comunicare a rezultatului procedurii i s-au indicat în mod concret care au fost motivele declarării ofertei sale ca inacceptabilă. În susținere redă cele inserate în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, susținând că au fost redată elemente din propunerea tehnică depusă de către (...) SRL și din răspunsul la solicitarea de clarificări transmis de către acest ofertant.

Autoritatea contractantă consideră că evaluarea propunerii tehnice și a răspunsurilor transmise de către (...) SRL s-a făcut cu respectarea prevederilor legale în materie.

Motivarea (...) SRL din adresa nr. 3332/24.08.2022 privitoare la realizarea asistenței tehnice din prima zi până în ultima zi a contractului nu a putut fi luată în considerare, deoarece încalcă prevederile Hotărârii nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul - cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice.

În cuprinsul acestui act normativ se precizează clar și neechivoc faptul că asistența tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor se realizează pe perioada execuției lucrărilor, cum arată însăși denumirea acestei activități.

(...) SRL încearcă să inducă în eroare Consiliul cu precizările sale privitoare la faptul că participă la semnarea contractului alături de executant și apoi vizualizează amplasamentul, omițând faptul că aceste activități sunt parte componentă a serviciilor de realizare a DTAC și proiect tehnic, ele neavând legătură cu asistența tehnică pe perioada execuției lucrărilor.

O acceptare a acestei justificări ar fi însemnat încălcarea principiului tratamentului egal față de ceilalți doi ofertanți care au prezentat corect perioada de asistență tehnică din partea proiectantului pe perioada execuției lucrărilor, avantajând (...) SRL care a prezentat un grafic eronat. În lumina principiului tratamentului egal, nu putea accepta modificarea propunerii tehnice prin modificarea Graficului Gantt depus de

către (...) SRL conform cu prevederile HG nr. 907/2016 - Secțiunea 3 - punctul 3.8.1. Asistență tehnică din partea proiectantului.

Eroarea în întocmirea graficului este evidentă și aparține contestatoarei care avea obligația să întocmească oferta conformă cu prevederile legale.

Cu privire la punctul al doilea de respingere a ofertei susține că ofertantul a încălcat prevederile normativului AND 605 - prevede la art. 82.

Nici în graficul Gantt și nici în PCCVI-ul prezentat nu se regăsește activitatea de amorsare a stratului suport înainte de așternerea fiecărui strat de mixtură asfaltică.

De altfel, contestatoare recunoaște că această activitate precede pe cea de așternere a stratului de mixtură asfaltică, însă omite să o înscrie în graficul Gantt sau în PCCVI.

Cu privire la nerespectarea modului de prezentare a Graficului Gantt de către (...) SRL solicită respingerea acestui capăt de cerere ca fiind nedovedit. Din analiza Graficului Gantt depus de către asocierea (...) SRL rezultă că acesta respectă succesiunea logică a activităților și operațiunilor. Graficul prezentat de către (...) SRL conține atât lucrările provizorii (organizare de șantier), cât și interfațarea cu lucrările existente, contrar cu cele afirmate de (...) SRL.

O analiză simplă a Graficului prezentat de către (...) SRL arată faptul că acesta prezintă teste, verificări după fiecare activitate din graficul Gantt postat în SEAP, motiv pentru care și acest capăt de cerere trebuie respins ca nefondat.

La pagina 458 din propunerea tehnică depusă de către (...) SRL se precizează - verificare tehnică documentații proiectare - subcontractant.

Referitor la susținerile contestatoarei privitoare la faptul că Metodologia de execuție propusă de către asocierea (...) nu ar acoperi toate lucrările prevăzute în documentația de atribuire consideră că aceasta este o simplă afirmație fără dovezi. În urma analizei Metodologiei de execuție depusă de către (...) SRL a constatat că aceasta acoperă toate activitățile care concură la execuția unor lucrări de calitate.

În ceea ce privește susținerile (...) SRL referitoare la pretinsa nelegalitate a evaluării ofertei (...) consideră că nici acest capăt de cerere nu este însoțit de vreo dovadă, fiind doar niște presupuneri ale contestatoarei fără acoperire în realitate. Precizează că asocierea (...) SRL a respectat formularele postate în SEAP, iar valoarea ofertei financiare se situează sub valoarea estimată publicată.

În ceea ce privește pretinsa încălcare a principiului tratamentului egal susține că a respectat acest principiu pe parcursul întregului proces de evaluare.

Prin adresa nr. 2465/02.11.2022, înregistrată la Consiliu sub nr. 53776/02.11.2022, asocierea (...) SRL – SC (...), prin liderul asocierii

(...) SRL, a depus cerere de intervenție voluntară, prin care solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție; respingerea contestației formulată de (...) SRL, ca nefondată; menținerea ca temeinice și legale a actelor administrative ale autorității contractante, respectiv adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr. 4062/23.09.2022 și raportul procedurii de atribuire nr. 4059/23.09.2022.

Prin cererea de intervenție s-a susținut că, în mod legal, a fost respinsă oferta (...) SRL. În privința ofertei sale, susține că societatea contestatoare face simple speculații. Sunt prezentate motive în susținere.

Din examinarea materialului probator administrat, aflat la dosarul cauzei, Consiliul reține următoarele:

În vederea atribuirii contractului de Servicii de proiectare și execuție lucrări pentru investiția *Modernizare drumuri de exploatare în satele Corzu și Smadovița, (...), județul Mehedinți*, Cod CPV 45233120-6 Lucrări de construcții de drumuri (Rev.2), (...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. SCN1102704/ 13.03.2022. Din informațiile anunțului publicitar amintit, s-a reținut că valoarea estimată a contractului de lucrări este de 5.006.641,00 lei, fără TVA, criteriul de atribuire este *prețul cel mai scăzut*, iar data limită de depunere a ofertelor a fost stabilită pentru 08.04.2022, ora 15:00.

Nemuțumită fiind de rezultatul procedurii, (...) SRL a depus contestația în analiză, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Contestatoarea a constituit cauțiunea în sumă de 88.000,00 lei, conform art. 61¹ alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016, fiind depusă la dosar recipisa de consemnare nr. 1 eliberată de Raiffeisen Bank, la data de 05.10.2022.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că asocierea (...) SRL – SC (...), prin liderul asocierii (...) SRL, în calitate de ofertant a cărei ofertă a fost declarată câștigătoare prin raportul procedurii de atribuire nr. 4059/23.09.2022, a înaintat cerere de intervenție, ca urmare a contestației depuse de (...).

Consiliul, văzând că are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea ei, fiind ofertantă declarată câștigătoare, în conformitate cu art. 64 din Codul de procedură civilă, o încuviințează în principiu ca cerere de intervenție accesorie în favoarea autorității contractante.

Ofertanții care urmăresc să își preserve acest status printr-o intervenție în procesul care se poartă în fața Consiliului nu au la îndemână decât calea intervenției accesorii, în favoarea și pentru întărirea argumentelor autorității contractante (sprijinirea poziției autorității contractante este de esență intervenției accesorii în favoarea acesteia, pe când, specific intervenției principale este reacția potrivnică

atât față de contestator, cât și față de autoritatea contractantă). Altminteri, dacă ar formula cerere de intervenție principală – în interes propriu – ar însemna că îmbrățișează calitatea de contestatori, îndreptându-se direct sau indirect împotriva actului autorității contractante (altfel spus, împotriva autorității contractante) prin care ei au fost desemnați câștigători (admisibili), ceea ce este lipsit de interes.

Astfel, cererea de intervenție urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei, în condițiile impuse de dispozițiile coroborate ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 cu cele ale art. 64 și 67 din Codul de procedură civilă, autoarea acestora având interes în menținerea actualului rezultat al procedurii de atribuire.

Trecând la soluționarea pe fond a contestației, Consiliul constată că societatea contestatoare (...) SRL este nemulțumită de rezultatul procedurii, deoarece oferta sa a fost declarată inacceptabilă, iar oferta asocierii (...) SRL – (...) SRL câștigătoare, urmărind reevaluarea temeinică și legală a ofertei sale, cu consecința constatării caracterului admisibil și conform al acesteia și emiterea unui nou raport/rezultat al procedurii, precum și reevaluarea ofertei câștigătoare.

Primul aspect prealabil contestat este acela că a solicitat acces la dosarul achiziției prin adresa nr. 3439/27.09.2022, iar autoritatea contractantă a pus la dispoziție dosarul achiziției a doua zi de la solicitare, mai puțin documentele din ofertele tehnice care au fost marcate confidențial sau secțiuni din documente care preluau informațiile marcate confidențial.

Autoritatea contractantă în punctul său de vedere arată că a respectat principiul tratamentului egal procedând în același sens și cu asociere (...) în ceea ce privește oferta (...), ambele oferte fiind declarate confidențiale.

În ceea ce privește accesul la dosarul constituit la Consiliu, contestatoarea a avut acces la dosarul achiziției mai puțin la documentele din oferta tehnică ale asocierii (...), marcate confidențial.

Referitor la accesul la dosarul cauzei și asigurarea confidențialității ofertelor, cu luarea în considerare a declarației de confidențialitate prezentate de asociere, precum și a faptului că documentele întocmite de autoritatea contractantă conțin informații din propunerea tehnică și financiară, aceasta a asigurat accesul la dosarul achiziției, cu excepția documentelor amintite.

O astfel de conduită a achizitoarei nu poate fi sancționată de Consiliu, câtă vreme legislația a urmărit asigurarea unei protecții a informațiilor cuprinse în ofertele operatorilor economici, informații pe care aceștia le pun la dispoziția organizatorilor în cadrul procedurilor de atribuire.

Autorității contractante îi revine sarcina de a păstra confidențialitatea informațiilor, accesul la acestea urmând a fi asigurat într-o manieră care să nu determine divulgarea unor astfel de informații.

În acest sens, este și Hotărârea Curții Europene de Justiție în cauza Varec, C-450/06. De asemenea, este de amintit Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene din 21 septembrie 2016, Secolux/Comisia, T-363/14.

Și practica constantă a Consiliului este în a considera că incumbă autorității contractante obligația de a asigura păstrarea confidențialității documentelor astfel declarate de ofertanți și protejarea acestora de eventualele prejudicii determinate de o divulgare a lor celorlalți participanți la procedură.

Totodată, se reține că, în aplicarea dispozițiilor art. 19 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 potrivit căreia La cerere, părțile cauzei au acces la documentele dosarului constituit la Consiliu, în aceleași condiții în care se realizează accesul la dosarele constituite la instanțele de judecată potrivit prevederilor Legii nr. 134/2010, republicată, cu modificările ulterioare, cu excepția documentelor pe care operatorii economici le declară ca fiind confidențiale, întrucât cuprind, fără a se limita la acestea, secrete tehnice și/sau comerciale, stabilite conform legii, iar dezvăluirea acestora ar prejudicia interesele legitime ale operatorilor economici, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală. Caracterul confidențial trebuie demonstrat prin orice mijloace de probă, și cu luarea în considerare a declarației de confidențialitate, s-a pus la dispoziția (...) documentele din dosarul constituit, cu excepția propunerii tehnice declarate confidențiale. Considerând că, în procesele-verbale de evaluare și în raportul procedurii de atribuire, acte întocmite de achizitoare, nu se regăsesc informații semnificative din oferte a căror dezvăluire să conducă la prejudicierea ofertanților, s-a asigurat accesul contestatoarei la aceste documente. De asemenea, față de conținutul și explicațiile în referire la oferta financiară, nu s-a considerat că este necesară restricționarea accesului la aceasta, nefiind demonstrat caracterul confidențial.

În aceeași cauză Varec, C-450/06, în referire la modul de acțiune al organismului responsabil cu soluționarea căilor de atac, s-au stabilit următoarele:

39 Desigur, aceste dispoziții vizează conduita autorităților contractante. Totuși, se impune să se recunoască faptul că efectul util al acestora ar fi grav compromis dacă, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, toate informațiile privind această procedură de atribuire ar trebui, fără nicio limitare, puse la dispoziția autorului acestei acțiuni și chiar a altor persoane, precum intervenienții.

40 Într- un asemenea caz, simpla introducere a unei căi de atac ar da acces la

informații care ar putea fi utilizate pentru a denatura concurența sau pentru a aduce atingere intereselor legitime ale operatorilor economici care au participat la procedura de atribuire a contractului de achiziții publice în discuție. O astfel de posibilitate ar putea chiar stimula operatorii economici să

introducă acțiuni doar în simplul scop de a obține acces la secretele comerciale ale concurenților lor.

(...)

43 În consecință, în cadrul exercitării unei căi de atac în materie de atribuire a unui contract de achiziții publice, organismul responsabil cu această procedură trebuie să poată decide că informațiile conținute în dosarul referitor la o astfel de procedură de atribuire nu se transmit părților și avocaților acestora dacă acest lucru este necesar pentru a asigura protecția concurenței loiale sau a intereselor legitime ale operatorilor economici impusă de dreptul comunitar.

44 Se pune problema dacă această interpretare este conformă noțiunii de proces echitabil în sensul articolului 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, semnată la Roma la 4 noiembrie 1950 (denumită în continuare „CEDO”).

45 Într-adevăr, după cum reiese din decizia de trimitere, Varec a invocat în

fața Conseil d'État că dreptul la un proces echitabil implică garantarea caracterului contradictoriu al oricărei proceduri judiciare, că principiul contradictorialității reprezintă un principiu general de drept, că își găsește temeiul în articolul 6 din CEDO și că acest principiu implică dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de toate înscrisurile sau observațiile prezentate instanței pentru a influența decizia acesteia și pentru a le discuta.

46 În această privință, trebuie subliniat că articolul 6 alineatul (1) din CEDO prevede, printre altele, că „[o]rice persoană are dreptul la judecarea în mod

echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o

instanță independentă și imparțială [...]”. Potrivit jurisprudenței constante a Curții Europene a Drepturilor Omului, caracterul contradictoriu al unei proceduri reprezintă unul dintre elementele care permit să se aprecieze caracterul echitabil al acesteia, însă poate fi pus în balanță cu alte drepturi și interese.

47 Principiul contradictorialității implică, în general, dreptul părților la un proces de a lua cunoștință de probele și de observațiile prezentate în fața instanței și de a le discuta. Cu toate acestea, în anumite cazuri, poate fi necesar ca anumite informații să nu fie comunicate părților pentru a putea garanta drepturile fundamentale ale unui terț sau pentru a proteja un interes public important (a se vedea Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea Rowe și Davis împotriva Regatului Unit din 16 februarie 2000,

Recueil des arrêts et décisions 2000- II, § 61, și Hotărârea V. împotriva

Finlandei din 24 aprilie 2007, nepublicată încă în Recueil des arrêts et décisions, § 75).

(...)

50 În sfârșit, menținerea unei concurențe loiale în cadrul procedurilor de atribuire a contractelor de achiziții publice reprezintă un interes public important, a cărui apărare este admisă în temeiul jurisprudenței citate la punctul 47 din prezenta hotărâre.

51 Rezultă astfel că, în cadrul unei căi de atac formulate împotriva unei decizii luate de o autoritate contractantă referitoare la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice, principiul contradictorialității nu implică faptul că părțile au un drept de acces nelimitat și absolut la toate informațiile referitoare la respectiva procedură de atribuire care au fost depuse la organismul responsabil cu calea de atac respectivă. Dimpotrivă, acest drept de acces trebuie pus în balanță cu dreptul altor operatori economici la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestora.

52 Principiul protecției informațiilor confidențiale, precum și a secretelor comerciale trebuie pus în aplicare astfel încât să fie compatibil cu cerințele unei protecții juridice efective și cu respectarea dreptului la apărare al părților în litigiu (a se vedea, prin analogie, Hotărârea din 13 iulie 2006, Mobistar,

C- 438/04, Rec., p. I- 6675, punctul 40) și, în cazul unei căi de atac în fața

unei instanțe sau al unei căi de atac în fața unui alt organism care este o instanță sau tribunal în înțelesul articolului 234 CE, astfel încât să se asigure respectarea faptului că procedura, în ansamblul său, respectă dreptul la un proces echitabil.

53 În acest scop, organismul responsabil cu procedurile privind căile de atac trebuie în mod necesar să poată dispune de informațiile necesare pentru a se putea pronunța în cunoștință de cauză, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale (a se vedea, prin analogie, Hotărârea Mobistar, citată anterior, punctul 40).

(...)

În același sens s-a reținut și în Hotărârea Curții din 31 ianuarie 2008 — Comisia Comunităților Europene/Regatul Spaniei, Cauza C-32/07 (pct. 37-55).

De asemenea, este de amintit Hotărârea Curții din 7 septembrie 2021 - „Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB în cauza

C-927/19, (pct. 113-136) și pct. 137 Având în vedere considerațiile care

precedă, trebuie să se răspundă la a patra, a opta și a noua întrebare că: – articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citit în lumina principiului general de drept al Uniunii la o bună administrare, trebuie interpretate în sensul că o autoritate contractantă, sesizată de un operator economic cu o cerere de comunicare a informațiilor considerate confidențiale

cuprinse în oferta unui concurent căruia ia fost atribuit contractul, nu este obligată să comunice aceste informații atunci când transmiterea lor ar conduce la încălcarea normelor de drept al Uniunii referitoare la protecția informațiilor confidențiale, chiar dacă cererea operatorului economic este prezentată în cadrul unei căi de atac a aceluiași operator privind legalitatea aprecierii de către autoritatea contractantă a ofertei concurentului. Atunci când refuză să transmită asemenea informații sau când, odată cu formularea unui astfel de refuz, respinge calea de atac administrativă formulată de un operator economic cu privire la legalitatea aprecierii ofertei concurentului în cauză, autoritatea contractantă este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului la bună administrare și dreptul concurentului la protecția informațiilor confidențiale, așa încât decizia sa de refuz sau decizia sa de respingere să fie motivată, iar dreptul la o cale de atac eficientă de care beneficiază un ofertant respins să nu fie lipsit de efect util; 3/30/22, 6:19 PM CURIA – Documents [https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn dex=0... 30/35)

[docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn dex=0... 30/35](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=245661&text=&dir=&doclang=RO&part=1&occ=first&mode=lst&pageIn dex=0... 30/35) – articolul 1 alineatul (1) al patrulea paragraf și articolul 1 alineatele (3) și (5) din Directiva 89/665, precum și articolul 21 din Directiva 2014/24, citite în lumina articolului 47 din cartă, trebuie interpretate în sensul că instanța națională competentă sesizată cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante prin care se refuză comunicarea către un operator economic a informațiilor considerate confidențiale cuprinse în documentația transmisă de concurentul căruia ia fost atribuit contractul sau cu o cale de atac împotriva deciziei unei autorități contractante de respingere a căii de atac administrative formulate împotriva unei astfel de decizii de refuz este obligată să evalueze comparativ dreptul solicitantului de a beneficia de o cale de atac efectivă și dreptul concurentului său la protecția informațiilor confidențiale și a secretelor comerciale ale acestuia. În acest scop, instanța menționată, care trebuie în mod necesar să dispună de informațiile necesare, inclusiv de informațiile confidențiale și de secretele comerciale, pentru a fi în măsură să se pronunțe în deplină cunoștință de cauză cu privire la caracterul comunicabil al informațiilor menționate, trebuie să procedeze la o examinare a tuturor elementelor de fapt și de drept pertinente. Ea trebuie de asemenea să poată anula decizia de refuz sau decizia de respingere a căii de atac administrative, dacă acestea sunt nelegale, și, dacă este cazul, să trimită cauza autorității contractante sau chiar să adopte ea însăși o nouă decizie dacă dreptul său național îi permite acest lucru.

Astfel, Consiliul, considerând susținerile contestatoarei legate de caracterul confidențial al documentelor respective lipsite de temei, nu a permis accesul la acele informații declarate confidențiale din propunerea tehnică a asocierii câștigătoare, dat fiind faptul că a fost îndeplinită procedura stabilită de legiuitor la art. 19 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv în sensul alin. (1), documentele sunt marcate sau indicate de către ofertanți, în mod explicit și vizibil, ca fiind confidențiale. Consultarea documentelor confidențiale din oferte este permisă numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți.

În ceea ce privește invocarea art. 186 Cod procedură civilă, prin care se solicită repunerea sa în termenul procedural de contestare a ofertei asocierii (...), de la data la care se va permite studiul dosarului de achiziție publică la sediul Consiliului, aceasta se va respinge pentru considerentele ce vor fi expuse.

Astfel, se reține că motivarea contestației, reprezentând un element esențial al acesteia, trebuia prezentată în cuprinsul ei, în interiorul termenului legal de contestare. Nicidecum motivarea contestației nu se poate realiza abia după ce contestatorul consultă dosarul cauzei la Consiliu.

Chiar și atunci când contestatorul invocă faptul că înscrisurile se află la partea adversă (autoritatea contractantă), el este ținut să își motiveze acțiunea, respectiv să explice de ce este nelegal actul autorității pe care îl atacă, în termenul prescris imperativ de lege.

Contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept. În lumina legislației incidente, formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestator, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă.

Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării.

Nu există temei legal pentru motivarea contestației în afara termenului stabilit de legiuitor, eventual după primirea dosarului achiziției publice.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

O altă critică a contestatoarei este aceea că nu au fost respectate cerințele legale de comunicarea a rezultatului procedurii.

Prin adresa nr. 4062/23.09.2022, autoritatea contractantă a comunicat rezultatul procedurii prin care respinge oferta (...), ca inacceptabilă și neconformă, în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

„1. Cum justifica ofertantul realizarea asistentei tehnice din prima zi și până în ultima zi?

Răspuns ofertant: La întrebarea 1. Precizează faptul că proiectantul va participa alături de executant din prima zi (predare documentației și amplasament) până la recepția la terminarea lucrării.

Răspunsul este neconform cu prevederile legale - asistenta tehnică pe perioada execuției lucrărilor, așa cum rezulta și din denumire și din prevederile HG 907 (cap. 3.8.1 cuprinde asistenta tehnică din partea proiectantului: a) pe perioada de execuție a lucrărilor; b) pentru participarea proiectantului la fazele incluse în programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții; se desfășoară între data ordinului de începere a lucrărilor și data finalizării acestora, Graficul Gantt prezentat este neconform deoarece activitatea de asistență tehnică pe perioada execuției lucrărilor trebuia să înceapă simultan cu cea de începere a execuției lucrărilor. Restul activităților la care face referire ofertantul în răspunsul la clarificări sunt specific fazei de realizare a proiectului tehnic și sunt deja prezente în graficul Gantt. Eroarea cu privire la asistenta tehnică proiectant fiind evidentă.

Conform raportului expertului cooptat răspunsul la solicitarea de clarificări nu este concludent.

2. Cum justifica ofertantul lipsa amorsării suprafeței înainte de primul strat de mixturi asfaltica?

Răspuns ofertant:

La întrebarea 2 ofertantul răspunde că a respectat listele de cantități de la faza SF și prevederile art. 81 alin (1) și 5 din AND 605/2016.

Răspunsul este neconform deoarece studiul de fezabilitate nu conține toate cantitățile de lucrări realizate cu precizie, acest lucru fiind obligația proiectantului de la faza PT.

Iar normativul AND 605 prevede la art. Art. 82. - Amorsarea 1) La realizarea straturilor executate din mixturi asfaltice se amorsează stratul-suport și rosturile de lucru.

(2) Amorsarea se realizează uniform, cu un dispozitiv special care porte regla cantitatea de liant.

(3) În funcție de natura stratului-suport, cantitatea de bitum rămasă după aplicarea amorsajului trebuie să fie de 0,3. . 0,5 kg/m

Ofertantul nu a respectat această prevedere legală. Amorsarea înainte de primul strat de mixtura asfaltica nu se regăsește în propunerea tehnică. Motivația că a inclus doar activitățile principale în propunerea tehnică nu poate fi luată în considerare atât timp cât normativul AND 605 prevede această activitate. În graficul Gant și PCCVI prezentate nu se face referire la realizarea amorsării înainte de turnarea vreunui strat de mixtură asfaltică, fapt care vine în contradicție cu normativul 605, tehnologia propusă nefiind una conformă.

Conform raportului expertului cooptat răspunsul la solicitarea de clarificări nu este concludent.

3. Cum justifica ofertantul lipsa amorsării din Metodologia de execuție, grafic, PCCVI prezentata?

Răspuns ofertant:

La întrebarea 3 ofertantul precizează ca a respectat documentația de atribuire care cerea ca metodologia și restul documentelor sa evidențieze activitățile care concure la finalizarea lucrării.

Răspunsul este neconform deoarece amorsarea stratului suport este prevăzută imperios de normativul AND 605, ea fiind o activitate distinctă ce trebuie obligatoriu realizată pentru a pune în opera straturile de mixtură asfaltică. Este încălcat astfel art. 82 din Normativul AND 605.

Conform raportului expertului cooptat răspunsul la solicitarea de clarificări nu este concludent."

Consiliul constată că, în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, autoritatea a preluat cele trei întrebări, răspunsuri din clarificări și explicația privind de ce fiecare răspuns în parte nu este concludent.

Mai mult, contestatoarea nu neagă prin contestație existența solicitărilor de clarificări și a răspunsurilor la acestea, fiind doar nemulțumită de încadrarea acestora în categoria răspunsurilor neconcludente. Așadar, din modul de redactare a contestației, rezultă că operatorul economic a înțeles motivele pentru care oferta sa a fost respinsă, respectiv considerarea răspunsurilor la clarificări ca fiind neconcludente. Chiar motivarea contestației este în sensul de a demonstra concludența răspunsurilor transmise și, implicit conformitatea ofertei.

Prin urmare, comunicarea rezultatului procedurii s-a realizat cu respectarea art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, criticile aduse acestui act fiind nefondate.

O altă critică privește *nelegalitatea deciziei autorității contractante de declararea inacceptabilă a ofertei sale.*

Această critică are mai multe componente, motivele de respingere fiind regăsite în comunicarea privind rezultatul procedurii și fiind structurate pe răspunsul la trei întrebări de clarificări.

Prima întrebare: Cum justifică ofertantul realizarea asistentei tehnice din prima zi și până în ultima zi?

Răspuns: "Pentru a respecta legislația în vigoare și cu cerințele Caietului de sarcini aferent anunțului de participare simplificat SCN1102704, a fost elaborată oferta tehnică și financiară la SUBACTIVITATE 5. ASISTENTA TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PE ÎNTREAGA PERIOADĂ DE EXECUȚIE A LUCRĂRILOR proiectantul a prevăzut „va participa la toate ședințele și întâlnirile pe toată perioada derulării contractului de proiectare și execuție lucrări, respectiv de la semnarea acestuia până la recepția finală" ceea ce înseamnă că în prima zi va participa împreună cu constructorul, la semnarea contractului de proiectare și execuție lucrări după care vor vizualiza amplasamentul drumurilor de exploatare, și până în ultima zi când va participa la recepția finală."

Autoritatea contractantă în punctul său de vedere arată că: „La întrebarea 1. precizează faptul ca proiectantul va participa alături de executant din prima zi (predare documentației și amplasament pana la recepția la terminarea lucrării. Răspunsul este neconform cu prevederile legale - asistenta tehnica pe perioada execuției lucrărilor, așa cum rezulta și din denumire și din prevederile HG 907 (cap. 3.8.1 cuprinde asistență tehnică din partea proiectantului: a) pe perioada de execuție a lucrărilor; b) pentru participarea proiectantului la fazele incluse în programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții; **se desfășoară între data ordinului de începere a lucrărilor și data finalizării acestora, Graficul Gantt prezentat este neconform deoarece activitatea de asistenta tehnica pe perioada execuției lucrărilor trebuia sa înceapă simultan cu cea de începere a execuției lucrărilor.** Restul activităților la care face referire ofertantul în răspunsul la clarificări sunt specific fazei de realizare a proiectului tehnic și sunt deja prezente în graficul Gantt. Eroarea cu privire la asistenta tehnica proiectant fiind evidenta”.

Din consultarea documentelor aflate la dosarul achiziției, Consiliul constată că, la pagina 480 din oferta tehnică se află Graficul Gantt, care, la Activitatea 1, cuprinde Servicii de proiectare și execuție lucrări pe o perioadă de 282 de zile, fiind evidențiată Subactivitatea 5 ASISTENȚĂ TEHNICĂ DIN PARTEA PROIECTANTULUI PE ÎNTREAGA PERIOADA DE EXECUȚIE A LUCRĂRILOR care are o perioadă de implementare tot de 282 de zile, ceea ce determină concluzia că asistența tehnică va fi prezentă din prima zi până la recepționarea finală a lucrărilor.

Cum s-a arătat mai sus, la clarificarea vizând justificarea realizării asistenței tehnice din prima zi până în ultima zi, ofertanta a justificat că va participa alături de executant din prima zi (predarea documentației și amplasament până la recepția la terminarea lucrării).

Or, răspunsul nu putea fi considerat concludent raportat la următoarele dispoziții legale din Hotărârea Guvernului nr. 907/2016, invocate și de autoritatea contractantă în comunicarea privind rezultatul procedurii, Metodologia privind elaborarea devizului general și a devizului pe obiect din 29.11.2016, cap. 3.8.1:

3.8.1. asistență tehnică din partea proiectantului:

- a) pe perioada de execuție a lucrărilor;
- b) pentru participarea proiectantului la fazele incluse în programul de control al lucrărilor de execuție, avizat de către Inspectoratul de Stat în Construcții.

Așadar, dispozițiile legale nu au fost respectate de ofertantă la întocmirea graficului Gantt, asistența tehnică trebuind să fie cuprinsă pe perioada de execuție a lucrărilor, nu din prima zi, cum a evidențiat societatea.

Contestatoarea a adus în discuție faptul că nu a fost indicată de către achizitoare cerința din caietul de sarcini care nu a fost respectată, însă, contrar susținerilor acesteia, nu era necesară indicarea unei astfel de cerințe, câtă vreme urmează a fi atribuit un contract cuprinzând atât partea de servicii de proiectare, cât și cea de execuție lucrări, iar dispozițiile legale aplicabile în materia sunt foarte clare. De altfel,

operatorul economic cunoștea că asistența tehnică se referea la întreaga perioadă de execuție a lucrărilor, aceasta fiind stabilită de dispoziții legale.

O nouă solicitare de clarificări, în sensul modificării graficului Gantt nu poate fi acceptată, conducând la încălcarea principiului tratamentului și avantajarea ofertantei, cu atât mai mult cu cât, spre exemplu, operatorul economic declarat câștigător a evidențiat în mod corect asistența tehnică pe perioada execuției lucrărilor. Totodată, se reține că nu poate fi impusă autorității contractante adresarea unei noi solicitări de clarificări, având în vedere că nici prin contestație operatorul economic nu a invocat existența *în propunerea tehnică* care să stea la baza unei modificări în consecință a graficului Gantt, astfel încât respectiva modificare să nu atragă respingerea ofertei. Mai mult, se observă caracterul lacunar al răspunsului la clarificările autorității, fără explicații concrete și detaliate, astfel că, în mod corect, a fost apreciat ca neconcludent.

Astfel fiind, se constată neconcludența răspunsului la clarificări, raportat la prevederile art. 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, fiind în mod corect reținut primul motiv de respingere a ofertei (...) SRL.

O altă componentă a criticilor aduse deciziei de respingere a ofertei sale se referă la Întrebările 2 și 3 de clarificări: *Cum justifică ofertantul lipsa amorsării suprafeței înainte de primul strat de mixturi asfaltice?* și *Cum justifică ofertantul lipsa amorsării din Metodologia de execuție, grafic, PCCVI prezentată?*

Răspuns solicitare nr. 2:

În baza Studiul de fezabilitate aferent anunțului de participare simplificat SCN1102704 proiectantul a elaborat Listele de cantități în care a prevăzut „STRAT FUND REPROF P. SPARTA PT DRUM CU ASTERNERE MECANICA EXEC CU IMPANARE ȘI INNOROIRE” respectând cantitatea prevăzută în Evaluarea de la faza SF de 3297mc pentru DE1879, respectiv 1331mc pentru DE1720 și respectând prevederile art.81 alin.(I) din REGLEMENTAREA TEHNICĂ „NORMATIV PRIVIND MIXTURILE ASFALTICE EXECUTATE LA CALD. CONDIȚII TEHNICE DE PROIECTARE, PREPARARE ȘI PUNERE ÎN OPERĂ A MIXTURILOR ASFALTICE” - Indicativ AND 605/2016. Având în vedere acest lucru emulsionarea stratul din piatra sparta cu împănare și înnoroire nu este recomandată și nu este cuprinsă în soluția de proiectare ce respecta Evaluarea de la faza SF conform art. 81 alin. (1) și (5) - Indicativ AND 605/2016.

007 DA12A1 M.C. 3297.000

**STRAT FUND REPROF P SPARTA PT DRUM CU
ASTERNERE MECANICA EXEC CU IMPANARE ȘI
INNOROIRE**

(extras pag.382)

007 DA12A1 M.C. 1331.000

**STRAT FUND REPROF P SPARTA PT DRUM CU
ASTERNERE MECANICA EXEC CU ÎMPĂNARE ȘI
INNOROIRE**

[extras pag. 421)

În baza Studiul de fezabilitate aferent anunțului de participare simplificat SCN1102704 proiectantul a elaborat Listele de cantități în care a prevăzut realizarea straturilor din mixturi asfaltice iar în propunerea tehnica Metodologia de execuție pag. 382, pag. 421 (art. 14) se menționează ca la realizarea stratului BAPC16 se amorsează stratul și rosturile de lucru a stratului de binder.

Răspuns solicitare nr. 3:

În Metodologia de execuție, Planul propriu propus și Planul de Management al calității se menționează utilizarea realizarea îmbrăcăminți bituminoase în două straturi: strat de legătură din BADPS 22,4 leg. 50/70 și strat de uzura din BAPC 16 rul. 50/70, conform cerințelor din REGLEMENTAREA TEHNICĂ „NORMATIV PRIVIND MIXTURILE ASFALTICE EXECUTATE LA CALD. CONDIȚII TEHNICE DE PROIECTARE, PREPARARE ȘI PUNERE ÎN OPERĂ A MIXTURILOR ASFALTICE” - Indicativ AND 605/2016.

Graficul Gantt (paginile 480-483) inclusiv Anexa Nr. 1 la Graficul Gantt (paginile 474-475 și 477-478) și PCCVI-urile (paginile 332-339 și 358-361) respecta cerințele din Fisa de date achiziției cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice alin. (2) "Graficul general de realizare a investiției (graficul Gantt) din care să rezulte încadrarea în durata contractului de achiziție publică prin Planificarea fizică a activităților pe săptămâni; cu **indicarea fazelor/etapelor de realizare a acestora**, în ordinea și succesiunea logică a evenimentelor" și se detaliază realizarea straturilor din mixturi asfaltice, având în vedere ca emulsionarea straturilor suport (binder) se realizează imediat înainte de așternerea stratului de uzura specificând-se respectarea Indicativului AND 605/2016. Precizam ca nu s-a solicitat în Fisa de date a achiziției sau în Caietul de Sarcini aferente anunțului de participare elaborarea Graficului Gantt, a Metodologie de execuție și a PCCVI-urilor pe categorii de lucrări sau pe articol de deviz, ca urmare aceste lucrări se vor executa conform cerințelor art. 82 alin. (2) din REGLEMENTAREA TEHNICĂ „NORMATIV PRIVIND MIXTURILE ASFALTICE EXECUTATE LA CALD. CONDIȚII TEHNICE DE PROIECTARE, PREPARARE ȘI PUNERE ÎN OPERĂ A MIXTURILOR ASFALTICE” - Indicativ AND 605/2016.

De asemenea Autoritatea contractanta nu a prezentat un model de grafic ce trebuie urmat, sau un nivel de detaliere al activităților și subtilităților, ofertantul a avut deplina libertate în ceea ce privește modul de prezentare al Graficului (activități/subactivități) și nivelul de detaliere al activităților, activitățile prevăzute în grafic comasând mai exact mai multe operațiuni ce se executa în aceeași perioada de timp.

Astfel, activitatea de amorsare suprafețe, având în vedere ca se executa concomitent cu așternerea stratului de uzura BAPC16 a fost cuprinsa în cadrul activității „Strat de uzura BAPC16 activitate prevăzută în graficul Gantt la poz.20, respective poz.51. pag. 480-481.

19	strat de mixtura asfaltica tip BADPS 22,4 de 6 cm	20 days
20	Strat de uzura BAPC16	19 days
50	strat de mixtura asfaltica tip BADPS 22,4 de 6 cm	21 days
51	Strat de uzura BAPC16	10 days

Mergând pe același principiu al cuprinderii operațiunii de amorsare în activitatea "Strat de uzura BAPC16", în cadrul PCCVI a fost cuprinsă o singură activitate de control - Verificarea stratului suport (pag. 337 și pag. 363 Propunerea Tehnică). Aceasta verificare este realizată conform cerințelor Normativului AND 605/1-2016 fapt ce este menționat în PCCVI.

De asemenea, atât în Metodologia de execuție cât și în PCCVI-uri se precizează că la toate categoriile de lucrări descrise în acestea se vor respecta Specificațiile tehnice și Caietele de sarcini din Proiectul Tehnic, dar și standardele și normativele în vigoare, respectiv AND 605/1- 2016, SR EN13108, etc.

Consiliul constată că autoritatea contractantă a solicitat clarificări vizavi de lipsa amorsării suprafeței înainte de primul strat de mixturi asfaltică, iar operatorul economic în cauză a răspuns de stratul de fundație care este realizat din piatră spartă cu așternere mecanică cu împănare și înnoroire, peste acest strat de fundație nefiind recomandată amorsarea.

În susținerea aceste afirmații indica art. 81 alin. (1) – (5) din AND 605/2016.

Art. 81

(1) Înainte de așternerea mixturii, stratul suport trebuie bine curățat, iar dacă este cazul se remediază și se reprofilează. Materialele neaderente, praful și orice poate afecta legătura dintre stratul-suport și stratul nou-executat trebuie îndepărtat

(2) În cazul stratului-suport din macadam, acesta se curată și se mătură.

(3) În cazul stratului-suport din mixturi asfaltice degradate, reparațiile se realizează conform prevederilor reglementărilor tehnice în vigoare privind prevenirea și remedierea defecțiunilor la îmbrăcămințile bituminoase.

(4) Când stratul-suport este realizat din mixturi asfaltice deschise, se va evita contaminarea suprafeței acestuia cu impurități datorate traficului. În cazul în care acest strat nu se protejează sau nu se acoperă imediat cu stratul următor se impune curățarea prin periere mecanică și spălare.

(5) După curățare se vor verifica cotele stratului-suport, care trebuie să fie conform proiectului de execuție.

(...)

Articolul 81, mai sus citat, din AND 605, face referiri la curățarea prafului și a altor impurități care pot afecta legătura dintre stratul-suport și stratul nou-executat, nicidecum de faptul că, dacă se execută o fundație prin înnoroire, nu se mai folosește Amorsarea.

La pagina 382 din oferta tehnică la poziția 014 este evidențiată *Amorsă suprafață strat bază sau îmbrăcămințe existent în vederea aplicării strat uzură mixtură asfaltică cu emulsie cationică*, dar această amorsă este folosită între: strat de bază din BADPS 22,4 leg 50/70 cu grosimea de 6 cm și strat de uzură din BAPC 16 rul 50/70 cu grosimea de 4 cm, întrebarea însă a fost foarte clară, solicitându-se justificarea lipsei amorsării înainte de primul strat de mixtură asfaltică.

La pagina 41 din oferta tehnică la capitolul 7.7 *Tipuri de mixturi asfaltice ce pot fi folosite la realizarea îmbrăcăminților* nu apare acest

strat de amorsă și nici în Graficul Gantt, el fiind obligatoriu conform normativ AND 605 art. 82.

Amorsarea

Art. 82.

(1) La realizarea straturilor executate din mixturi asfaltice **se amorsează stratul-suport și rosturile de lucru.**

(2) Amorsarea se realizează uniform, cu un dispozitiv special care poarte regla cantitatea de liant.

(3) În funcție de natura stratului-suport, cantitatea de bitum rămasă după aplicarea amorsajului trebuie să fie de 0,3...0,5 kg/m².

Prin urmare, răspunsul oferit de contestatoare la clarificare este neconcludent, deoarece nu a indicat unde în oferta tehnică are prevăzută această operațiune de amorsare imperios necesară la realizarea unui drum rutier, prevăzută de dispozițiile legale.

Din nou, și în privința criticilor aferente motivelor 2 și 3 de respingere, contestatoarea invocă lipsa indicării unei cerințe din caietul de sarcini care nu a fost respectată, fără a ține seama că, în cauză, se atribuie un contract cuprinzând și partea de proiectare, iar dispozițiile legale în privința amorsării sunt foarte clare.

De asemenea, nu pot fi reținute susținerile petentei că a inclus în propunerea tehnică doar activitățile principale, câtă vreme aceasta trebuie să fie completă și să cuprindă toate activitățile și subactivitățile.

Din nici un document nu rezultă că operatorul economic ar fi avut în vedere realizarea acestei activități distincte de amorsare prevăzută de AND 605, astfel că o nouă solicitare de clarificări nu se impune.

Se constată astfel caracterul nefondat al criticilor și în privința motivelor de respingere 2 și 3, fiind aplicabile dispozițiile art. 134 alin. (5) din Normele metodologice aprobate prin Hotărârea Guvernului nr. 395/2016.

Trecând la analiza criticilor aduse ofertei desemnate câștigătoare, aparținând asocierii (...) SRL – SC (...), Consiliul constată caracterul general al acestora, aspect invocat atât de autoritatea contractantă, cât și de intervenientă.

Nu au fost aduse argumente concrete în susținerea afirmațiilor sale, fiind efectuată doar o enumerare a unor cerințe din caietul de sarcini în privința cărora contestatoarea a apreciat că asocierea câștigătoare nu le-ar fi respectat, fără însă vreo referire concretă la oferta desemnată câștigătoare și fără depunerea vreunei probe în susținere.

Petenta a preluat informații din caietul de sarcini, le-a inclus în contestație și a adus acuzații speculative/nedovedite în privința propunerii tehnice și financiare a ofertantei desemnate câștigătoare.

Așadar, analizând contestația formulată de (...) SRL se constată că aceasta a fost bazată exclusiv pe generalități și speculații, fără vreun argument concret cu privire la oferta asocierii (...) Center.

Din cuprinsul contestației, se poate constata că motivele concrete de nelegalitate și netemeinicie a deciziei autorității contractante nu apar menționate. În contestație figurează doar motive de ordin ipotetic, simple presupuneri emane de cel care a redactat contestația și răspunsul, fără vreo legătură concretă cu actele depuse de ofertant și cu evaluarea realizată de autoritatea contractantă.

Așadar, societatea (...) SRL a ales să depună o contestație incompletă, lipsită de motivarea efectivă a acuzelor aduse autorității și ofertei concurente. Întreaga motivare a contestației constă în redarea cerințelor din caietul de sarcini și corelarea acestora cu motive speculative vizavi de oferta asocierii (...) Center.

Simpla reproducere în contestație a unora dintre cerințele din caietul de sarcini, dublată de acuza că ofertantul desemnat câștigător nu le îndeplinește, nu reprezintă o motivare validă a contestației, nereieșind de niciunde temeinicia acuzei rămase la nivel declarativ.

Cum s-a arătat mai sus, contestația trebuie să cuprindă motivarea integrală a ei, în fapt și în drept. În lumina legislației incidente, formularea și, implicit, motivarea contestației sunt independente de studiul dosarului cauzei de către contestator, dosar care, evident, nici nu există la data depunerii contestației, ci se întocmește ulterior de către organul administrativ-jurisdicțional. În consecință, și soluționarea contestației este și trebuie să fie independentă de studierea dosarului cauzei de către reclamantă. Nicio prevedere în vigoare nu leagă și, cu atât mai puțin, nu împiedică soluționarea contestației de către Consiliu de absența studierii dosarului de către părțile în conflict, în cele 20 de zile de care dispune organul jurisdicțional, dimpotrivă.

Consiliul nu se poate substitui autoarei sesizării în ce privește invocarea tuturor motivelor concrete de nelegalitate a actelor atacate. Sesizarea trebuie realizată cu respectarea tuturor condițiilor prevăzute de lege, iar una dintre acestea este tocmai motivarea, care servește la determinarea exactă a obiectului judecății administrative, având în vedere principiul potrivit căruia judecata are loc în limitele sesizării. Altminteri, judecata ar echivala cu un control efectuat din oficiu de către Consiliu, inadmisibil în condițiile actualei legislații.

Nu există temei legal pentru motivarea contestației în afara termenului stabilit de legiuitor, eventual după primirea dosarului achiziției publice.

Contestatoarea nu poate însărcina Consiliul să efectueze o cercetare *in integrum* a procedurii de atribuire sau o supraevaluare a ofertei concurente pe bază de supoziții.

Relativ la cererea de studiere a documentelor de la dosarul cauzei, de acceptarea sau nu a ei nu trebuie să depindă motivarea contestației sau soluționarea ei. Cu alte cuvinte, legea este astfel construită încât o contestație trebuie să cuprindă motivele de nelegalitate și netemeinicie a actelor atacate – motivele pe care se bazează calea de atac –, iar nu să

fie o formă fără fond, motivată pe parcursul procesului, în urma accesului la dosarul achiziției publice. Contestația este și rămâne o cale de atac independentă de studierea dosarului cauzei de către părți, cum s-a spus mai înainte.

În raport de cele evocate, Consiliul va respinge, ca nefondată, contestația (...) SRL.

În consecință, va fi admisă cererea de intervenție formulată de asocieria (...) SRL – SC (...) SRL.

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) 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, pentru considerentele evocate în motivarea prezentei, respinge, ca nefondată, contestația formulată de (...) SRL, în contradictoriu cu (...).

În temeiul art. 64 Cod procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de asocieria (...) SRL – SC (...) SRL, prin liderul (...) SRL, și o admite.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți. Împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate, în temeiul art. 29 din Legea nr. 101/2016.

Redactată în 5 exemplare, conține 23 pagini.