CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42
www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestația nr. 2673/31.10.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 46061/31.10.2017, formulată de SC ... SA, cu sediul în ..., având CUI ... și număr de ordine la Oficiul Registrului Comerțului ..., reprezentată legal de ... - administrator, împotriva rezultatului procedurii emis de autoritatea contractantă, ..., cu sediul în ..., în cadrul procedurii simplificate online - într-o singură etapă organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect *„...”*, s-a solicitat Consiliului anularea adresei nr. 31302/18.10.2017, privind declararea inacceptabilă a ofertei SC ... SA, anularea raportului procedurii și toate actele subsecvente acestuia, reevaluarea ofertei SC ... SA, reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante nr. 1579/09.11.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 48026/10.11.2017, formulată de SC ... SA, cu sediul social în ..., având număr de înregistrare în registrul comerțului ... și CUI ..., reprezentată legal de ... - administrator, referitor la contestația nr. 2673/31.10.2017, s-a solicitat:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulate, potrivit art. 64 Cod Procedură Civilă, justificând interes de a interveni în procedura;
- pe fond, respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea comunicatului rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, corelativ cu admiterea cererii de intervenție.

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 SC ... SA critică rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 31302/18.10.2017, considerând că motivele care stau la baza declarării inacceptabilă a ofertei sale nu sunt temeinice și legale, deoarece:

- în mod neîntemeiat autoritatea contractantă a reținut că nu s-a declarat că SC ... SA nu are calitatea de furnizor de materiale. Constatarea este în contradicție cu constatările prealabile ale comisiei de evaluare, respectiv faptul că SC ... SA a arătat, în cadrul listei cu principalii furnizori, faptul că mixtura asfaltică și emulsia cationică vor fi furnizate de SC ... SA;

- faptul că nu s-a menționat, în cadrul "listei cu principalii furnizori", că transportul materialelor se va realiza cu mijloace de transport închiriate de la SC ... SA, nu are nicio relevanță în cauză, deoarece:

> documentația de atribuire nu prevedea obligativitatea declarării modului de deținere a utilajelor (proprietate/închiriere) ce urmează a fi folosite pentru realizarea obiectului contractului;

> în cadrul documentelor privind justificarea prețului pentru utilaje, depuse atașat răspunsului transmis prin adresa nr. 2173/06.09.2017, s-a precizat faptul că transportul materialelor se va realiza cu mijloace de transport închiriate de la SC ... SA;

- în mod abuziv autoritatea contractantă a reținut că s-a făcut vinovată de declarații false în conținutul informațiilor transmise la solicitarea acesteia, în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție, constatarea fiind în contradicție cu faptul că:

> din documentele depuse anterior solicitării de clarificări nr. 28554/1/29.09.2017 și răspunsului, depus prin adresa nr. 2430/05.10.2017, precum și din documentele depuse și din constatările prealabile ale comisiei de evaluare rezultă clar că:

■ SC ... SA are calitatea de furnizor de mixtură asfaltică și emulsia cationică;

■ este declarat că se închiriază utilaje necesare pentru îndeplinirea obiectului contractului de la SC ... SA, din documentele privind justificarea prețului pentru utilaje, documente atașate răspunsului transmis prin adresa nr. 2173/06.09.2017 - contractul de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38/13.06.2017 și actul adițional nr. 1/14.06.2017;

■ SC ... SA v-a utiliza personal detașat de la societatea SC ... SA, documente atașate răspunsului transmis prin adresa nr. 2173/06.09.2017 - protocolul de detașare nr. 1418/12.06.2017;

> conform documentelor depuse și succesiunii acestora, este abuzivă și nerezonabilă interpretarea, potrivit căreia prin răspunsul dat prin adresa nr. 2430/05.10.2017, contestatoarea ar fi negat declarațiile anterioare (faptul că SC ... SA are calitatea de furnizor cu privire la mixtura asfaltică și emulsia cationică, faptul că a închiriat utilaje de la această societate sau faptul că utilizează personal detașat de la această societate);

> în realitate, contestatoarea, prin adresa nr. 2430/05.10.2017, a declarat că societatea SC ... SA nu are nicio altă calitate față de cele care rezultă deja din documentele depuse, respectiv nu are calitatea de asociat sau de subcontractant;

> conform documentelor depuse anterior solicitării de clarificări nr. 28554/1/29.09.2017 și răspunsului, depus prin adresa nr. 2430/05.10.2017, este inexactă și afirmația comisiei de evaluare, din solicitarea de clarificări nr. 28554/1/29.09.2017, potrivit căreia până în prezent societatea SC ... a fost prezentată doar ca furnizor de mixtură asfaltică și emulsie cationică. Or, această societate a fost prezentată inclusiv ca locator pentru utilaje utilizate la îndeplinirea contractului, precum și faptul că se va utiliza personal detașat de la această societate;

- contractul ce face obiectul prezentei proceduri de atribuire, este un contract de achiziție publică de lucrări, nu un contract de achiziție publică de produse sau de servicii, astfel, nici furnizarea de materiale, nici închirierea de utilaje și nici detașarea de personal nu atrag calitatea de contractant/asociat/terț susținător/ subcontractant a societății SC ... SA;

- de asemenea, nici faptul că SC ... SA este acționar majoritar în cadrul SC ... SA nu atrage calitatea de contractant/asociat/terț susținător/subcontractant a SC ... SA. Potrivit legii, nu există nicio obligație legală de a declara o asemenea situație față de furnizorii unui anumit ofertant;

- astfel cum rezultă din documentele deja depuse, petenta nu contestă calitatea de furnizor de produse sau de servicii a SC ... SA, însă această calitate nu poate atrage calitatea de contractant/asociat/terț susținător/subcontractant a societății într-un contract de achiziție publică de lucrări, așadar în mod corect nu s-a declarat o astfel de calitate.

În acest sens, contestatoarea evocă, ca fiind relevante, prevederile art. 1766 NCC - în ceea ce privește furnizarea, art. 1777 NCC - în ceea ce privește închirierea, art. 45 și art. 47 alin. (1) și (2) din Codul Muncii, extrase din de literatura de specialitate - în ceea ce privește detașarea;

> astfel, rezultă că angajații detașați de la SC ... SA vor presta munca în favoarea angajatorului cesionar (SC ... SA), iar acesta are obligația legală de a-i remunera, așadar SC ... SA are calitatea de angajator (în virtutea cesiunii) nu SC ... SA. De asemenea, angajații

detașați prestează munca pentru SC ... SA (contractant în cadrul procedurii de atribuire), nu față de SC ..., care rămâne un terț în acest raport;

> faptul că s-a apelat la instituția juridică a detașării, prevăzută și reglementată de Codul Muncii, nu poate reprezenta nicio relevanță pentru respingerea ofertei SC ... SA.

Prin adresa nr. 33487/03.11.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 46986/06.11.2017, autoritatea contractantă transmite punct de vedere, solicitând respingerea contestației, ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Referitor la solicitările contestatoarei, autoritatea contractantă subliniază faptul că adresa nr. 31302/18.10.2017 a fost transmisă în baza art. 65 din HG nr. 395/2016, privind comunicarea rezultatului fazei de verificare a ofertelor financiare, nefiind posibilă anularea raportului procedurii, deoarece acesta nu a fost întocmit.

Cu privire la decizia comisiei de evaluare de declarare inacceptabilă a ofertei financiare a SC ... SA, în condițiile art. 167 din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă precizează următoarele:

- oferta totală a SC ... SA, de 13.764.471,98 lei, fără TVA (detaliată în 13.705.538,16 lei - investiție de bază și 58.933,81 lei - organizare de șantier), se încadrează în valoarea fondurilor estimate;

- valoric, organizarea de șantier reprezintă 0,43% din valoarea ofertei de bază și a fost detaliată conform răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 2173 din 06.09.2017;

- în lista cu principalii furnizori, atașată ofertei financiare, contestatoarea declară că SC ... SA este furnizor de mixtură asfaltică și emulsie cationică și că transportul materialelor folosite în executarea contractului se va efectua cu mijloace de transport, autobasculante, cisterne, autovehicule speciale (formular C8 din oferta financiară), fără a specifica dacă acestea îi aparțin lui sau unui terț;

- totuși, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2173/06.09.2017, privind fundamentarea valorii ofertate a organizării de șantier, se constată faptul că derularea contractului de lucrări se va realiza cu personal detașat (protocolul de detașare nr. 1418/12.06.2017) și utilaje închiriate (contractul de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38/13.06.2017) de la aceiași societate, acest fapt putând fi asimilat ideii că SC ... SA este și furnizor de servicii, în sensul Legii nr. 98/2016.

- deoarece ofertantul contestator nu a precizat aceste aspecte în oferta inițială, au fost extinse drepturile conferite de prevederile art. 220 din Legea nr. 98/2016, fiind solicitate informații privind implicarea operatorului economic SC ... SA în derularea contractului care urmează a fi atribuit. Au fost solicitate clarificări operatorului

economic ofertant, prin adresa nr. 28554/29.09.2017, și informații obținute de la instituții abilitate ale statului. Din verificările efectuate la Oficiul Național al Registrului Comerțului, s-a constatat că SC ... SA este o societate aflată în reorganizare judiciară, la care acționar, în proporție de 50%, este SC ... SA, având cota de participare la beneficii și pierderi de 99,9986184395%, diferența fiind a doamnei Băiculescu Argentina-Minerva, care este acționar în SC ... SA. În consecință, contestatoarea, deși avea cunoștință, nu a prezentat aceste informații autorității contractante, ci mai mult, a declarat prin răspunsul 2430/05.10.2017 că SC ... SA nu are nicio calitate în cadrul procedurii, nici măcar de furnizor de materiale conform ofertei inițiale.

Având în vedere acest raționament, comisia de evaluare consideră că SC ... SA, în calitate de lider al asocierii SC ... SA - SC RCM COSTRUZIONI SRL este exclus de la procedura de atribuire în baza prevederilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016, deoarece a prezentat declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către furnizorii de materiale și/sau servicii implicați în contractul de achiziție publică, așa cum stipulează art. 219 și 220 din prevederea legală invocată, oferta acestuia fiind inacceptabilă.

În altă ordine de idei, autoritatea contractantă susține că solicitările prezentate prin notificarea prealabilă nr. 2613/24.10.2017 nu sunt temeinice și legale, deoarece, prin notificarea prealabilă nu se solicită remedieri la procedura de achiziție, potrivit art. 3 alin 1 lit. d) și e) și art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, notificarea fiind prezentată sub formă de contestație;

Din conținutul contestației, autoritatea contractantă constată că SC ... SA nu a înțeles motivul de declarare neconformă a ofertei sale, comisia de evaluare necontestând faptul că s-au închiriat utilaje sau că s-au detașat persoane de la SC ... SA, ci faptul că acesta a fost declarat ca furnizor de mixtură asfaltică și emulsie cationică, nu și ca furnizor de utilaje, și că, prin răspunsul de clarificări, nu a fost prezentată corect informația.

Or, prin răspunsurile formulate, deși situația operatorului SC ... SA, privind starea de insolvență a acestuia, era cunoscută de SC ... SA, prin notificare, cât și prin structura acționariatului, nu s-a atașat un plan de reorganizare, conform dispozițiilor art. 167 alin. (2) din Legea nr. 98/2016. Prin excepție de la dispozițiile alin. (1) lit. b), autoritatea contractantă nu exclude din procedura de atribuire un operator economic împotriva căruia s-a deschis procedura generală de insolvență atunci când, pe baza informațiilor și/sau documentelor prezentate de operatorul economic în cauză, stabilește că acesta are capacitatea de a executa contractul de achiziție publică/acordul- cadru. Aceasta presupune că respectivul

operator economic se află fie în faza de observație, și a adoptat măsurile necesare pentru a întocmi un plan de reorganizare fezabil, ce permite continuarea, de o manieră sustenabilă, a activității curente, fie este în cadrul fazei de reorganizare judiciară și respectă integral graficul de implementare a planului de reorganizare aprobat de instanță.

Astfel, raportat la DUAE și a tuturor actelor formulate de către SC ... SA, comisia de evaluare a găsit că răspunsul formulat prin adresa nr. 28554/1/29.09.2017 este formulat evaziv, tocmai să inducă în eroare comisia de evaluare.

Totodată, autoritatea contractantă susține că solicitarea de clarificări a fost clară și concisă, putând fi dată inclusiv calitatea de subcontractant lui SC ... SA, ținând cont că, atât personalul pus la dispoziție, cât și utilajele, sunt ale aceleiași entități juridice. Indiferent de denumirea contractelor, indiferent că acestea sunt două diferite, obiectul lor poate fi interpretat ca fiind unul de subcontractare, devenind un singur contract, pentru același beneficiar final, pentru aceiași durată de timp cu obiectul de punere la dispoziție personal și utilaj aferent. În momentul în care avem contract de furnizare utilaje, dar și personal aferent care manipulează respectivele utilaje, contractul nu mai este unul de închiriere, ci unul de prestări servicii, iar în cauză, indiferent de obiectul contractului ce urmează a fi atribuit, contractul de furnizare utilaje și personal aferent devine unul de subcontractare potrivit definiției enunțate la art. 3 lit. yy) din Legea nr. 98/2016.

Prin cererea de intervenție accesorie în interesul autorității contractante formulată, SC ... SA, solicită:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulate, potrivit art. 64 Cod Procedură Civilă, justificând interes de a interveni în procedura;

- pe fond, respingerea contestației, ca nefondată, și menținerea comunicatului rezultatului procedurii și a tuturor actelor subsecvente acestuia, corelativ cu admiterea cererii de intervenție.

SC ... SA înțelege să-și susțină cererea sa în procedura supusă analizei CNSC, prin justificarea unui interes născut, prezent și actual de a interveni pentru susținerea poziției exprimate de autoritatea contractantă în raport de ofertantul SC ... SA, conform prevederilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, fiind ofertantul clasat pe primul loc în cadrul procedurii de atribuire.

În ceea ce privește fondul cererii de intervenție, SC ... SA apreciază că, față de cele susținute de contestatoare, autoritatea contractantă a acționat corect și în deplină concordanță cu prevederile legale, respingând oferta SC ... SA, ca inacceptabilă, fiind evident faptul că ofertantul nu a putut justifica derularea contractului de achiziție publică la parametrii calitativi și cantitativi impuși prin documentația de atribuire, având în vedere prețurile

extrem de scăzute practicate, care conduc la prezumția că valoarea globală a ofertei este la fel de scăzută, raportat atât la valoarea estimată, cât și la valorile licitate de ceilalți ofertanți.

Totodată, arată intervenienta, contestatoarea nu a declarat drept furnizor de materiale pe SC ... SA, de la care se aprovizionează atât cu materialele principale, care se vor pune în operă, cât și cu utilajele și personalul care se va folosi în execuția lucrări, și, de asemenea, și experiența similară care a permis accesarea procedurii provine tot din partea acestuia, SC ... SA nedispunând de absolut niciuna dintre resursele necesare execuției acestor lucrări, conform celor afirmate în contestație.

În atare condiții, în care contribuția efectivă a ofertantului SC ... SA la îndeplinirea contractului este inexistentă, este evident, în opinia intervenientei, că această SC ... SA ar fi trebui declarată ca subcontractant, fiind cea care, în realitate, va executa lucrarea.

Societatea intervenientă menționează că, în sensul celor prezentate, s-a pronunțat și CNSC, prin decizia nr. ..., în urma contestației înainte de SC ... SA, care a fost sancționată prin respingerea acesteia ca nefondată.

Susținerile contestatoarei referitoare la execuția lucrărilor supuse achiziției cu personal detașat de la alt angajator, nu pot fi primite, consideră intervenienta, câtă vreme, după cum chiar contestatoarea afirmă, detașarea reprezintă o măsura prin care un angajator este înlocuit temporar cu altul, în favoarea căruia angajatul va presta munca.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 2854/20.11.2017, înregistrată la Consiliu cu nr.49309/20.11.20117, SC ... SA transmite „Concluzii scrise”, solicită admiterea contestației formulate și respingerea apărărilor formulate de autoritatea contractantă prin punctul de vedere și de intervenienta SC ... SRL, prin cererea de intervenție,

SC ... SA reiterează aspectele deja prezentate în contestația depusă, și precizează că, în contradicție cu cele afirmate de autoritatea contractantă și de SC ... SRL, închirierea utilajelor de la SC ... SA, chiar dublată de detașarea personalului de la aceeași societate, nu sunt echivalente cu noțiunea de subcontractare. Astfel, existența acestor trei raporturi juridice distincte, închiriere utilaje/detașare personal/furnizare mixtură asfaltică și emulsie cationică, nu transformă societatea SC ... SA în subcontractant, pentru simplul motiv că în baza detașării, angajatorul personalului și cel care face plata acestuia, va fi SC ... SA, nicidecum ..., în baza protocolului de detașare.

În urma studierii dosarului cauzei, prin adresa nr. 1636/21.11.2017, înregistrată la Consiliu cu nr. 49670/21.11.2017, SC ... SA transmite „Concluzii scrise”, precizând, pe lângă cele deja prezentate, următoarele:

A. Intervenienta arată că, SC ... SA, a inclus în oferta sa cheltuieli indirecte de 1%, ori, în cazul unei lucrări de o asemenea anvergură, și având în vedere Ordinului nr. 1568/15.10.2002 privind aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fondurile publice” și a anexei nr. 6 la acesta, emise de MLPAT, este imposibilă suportarea tuturor cheltuielilor din procentul respectiv, în condițiile în care pe piața achizițiilor publice, uzanța este de între 5% și 10%.

B. În ceea ce privește materialele de bază folosite în execuția lucrării, intervenienta consideră că societatea contestatoare nu este în măsură să facă dovada îndeplinirii cerințelor autorității contractante, ofertele depuse pentru principalele materiale nefiind valide, sens în care nu se va putea aproviziona cu aceste materiale la prețul ofertat. Astfel, pentru justificarea prețului materialelor, ofertanta contestatoare a depus, pentru produsele „balast” și „beton de ciment”, ofertă de preț de la SC ... SRL, iar, pe piața de profil este cunoscut faptul că această societate nu mai furnizează produse de balastieră și nici betoane de ciment. În mod similar, pentru produsul „piatră spartă”, unde oferta depusă provine de la SC ... SRL, dar nu este datată, apărând doar data de transmitere a cererii de ofertă de către contestatoare, respectiv 28.10.2016, or, raportata la data depunerii ofertelor, respectiv, 14.06.2017, este evident că oferta nu mai era valabilă. Și oferta din partea furnizorului SC ... SRL, pentru produsul „geocompozit și geotextil” este expirată din data de 30.04.2017, în condițiile în care ofertele s-au depus 2 luni mai târziu.

C. În ceea ce privește răspunsul la solicitarea de clarificări privitoare la modul de fondamentare a prețului, intervenienta precizează că SC ... SA nu a răspuns concludent la solicitarea de clarificări privitoare la modul de fondamentare a prețului, nefiind în măsură să justifice prețul ofertat, deoarece, în cadrul rețetelor articolelor de deviz, se pot vizualiza doar resursele componente, dar nu și consumurile aferente de resurse pe fiecare unitatea de măsură, rețeta nefiind completă.

D. Intervenienta menționează că, în răspunsul contestatoarei la solicitarea de clarificări, privitoare la justificarea economică a prețului pentru organizarea de șantier, operațiunea de așternere piatră spartă nu este cotată, cu toate că a fost enumerată ca operațiune care urmează a se executa, conform formularului C4 – Lista cuprinzând cantitățile de lucrări.

E. În ceea ce privește protocolul de detașare prezentat în ofertă de către contestatoare, SC ... SA apreciază că, și în condițiile folosirii detașării ca mijloc de asigurare a personalului, personalul pus la dispoziție de către SC ... SA este insuficient, raportat la complexitatea lucrărilor ce urmează a fi executate (33 străzi),

precum și a duratei de execuție a contractului, respectiv 12 luni, ceea ce conduce la prelungirea nejustificată a duratei de execuție și la execuția defectuoasă a lucrării.

F. Față de contractul de închiriere nr. 38/13.06.2017, prin intermediul căruia SC ... SA închiriază către SC ... SA utilajele necesare execuției lucrărilor, intervenienta supune atenției faptul că, în urma solicitării de clarificări din partea autorității contractante, cu privire la modul de fundamentare economică a prețului, care a sesizat lipsa din ofertă a utilajului buldozer, necesar execuției lucrărilor, acesta nefiind inclus în contractul de închiriere, contestatoarea, pentru a „remedia" neconformitatea, a încheiat un act adițional la contract, înregistrat cu nr. 1 din 14.06.2017, dată la care ofertele erau deja depuse.

În aceeași ordine de idei, intervenienta susține că nici asociatul SC ... SRL nu se regăsește în ofertă cu personal, utilaje, mijloace de transport, etc.

Concluzionând, intervenienta apreciază ca fiind corectă și întemeiată decizia autorității contractante de respingere a ofertei asocierii ..., opinie împărtășită, de altfel, și de către expertul financiar cooptat, în raportul său de specialitate, contestatoarea neconferind achizitorului dovezi certe, solide și argumentate în susținerea ofertei depuse.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

... a inițiat o procedura simplificată online - într-o singură etapă în vederea atribuirii contractului de lucrări având ca obiect „...", cod CPV: ...Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. ... Valoarea estimată a contractului de lucrări ce urmează a fi atribuit este de ... lei, fără TVA.

Nemulțumită fiind de rezultatul procedurii de atribuire, comunicat prin adresa nr. 31302/18.10.2017, după parcurgerea etapei de notificare prealabilă, SC ... SA, a învestit Consiliul cu soluționarea prezentei contestații, solicitând anularea adresei nr. 31302/18.10.2017, privind declararea inacceptabilă a ofertei sale, anularea raportului procedurii și toate actele subsecvente acestuia, reevaluarea ofertei SC ... SA, reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare.

Preliminar, Consiliul reține că, în cadrul soluționării prezentei contestații a fost formulată de către SC ... SA cerere de intervenție accesorie, în interesul autorității contractante, în considerarea dispozițiilor art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, raportat la calitatea sa, în cadrul procedurii de achiziție în cauză, de ofertant admisibil și posibil câștigător.

Potrivit Codului de procedură civilă, ale cărui prevederi completează dispoziţiile Legii nr. 101/2016, potrivit art. 68 din acest din urmă act normativ, oricine are interes poate interveni într-un

proces care se judecă între părţile originare. Intervenţia este principală, când intervenientul pretinde pentru sine, în tot sau în parte, dreptul dedus judecăţii sau un drept strâns legat de acesta. Intervenţia este accesorie, când sprijină numai apărarea uneia dintre părţi. La art. 64 din cod se menţionează că instanţa trebuie să se pronunţe asupra admisibilităţii în principiu a intervenţiei.

Totodată acelaşi act normativ mai dispune că:

Art. 32. - (1) Orice cerere poate fi formulată şi susţinută numai dacă autorul acesteia:

a) are capacitate procesuală, în condiţiile legii;

b) are calitate procesuală;

c) formulează o pretenţie;

d) justifică un interes.

(2) Dispoziţiile alin. (1) se aplică, în mod corespunzător, şi în cazul apărărilor.

Art. 33. - Interesul trebuie să fie determinat, legitim, personal, născut şi actual.

În analiza cererilor de intervenţie este necesară identificarea existenţei interesului determinat, legitim, personal, născut şi actual al autorului, de care depinde admiterea în principiu a cererii sale de intervenţie.

Analizând susţinerile din cuprinsul cererii de intervenţie prin prisma documentelor probatorii aflate la dosarul cauzei, Consiliul constată că, prin adresa nr. 31384/19.10.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat ofertantului SC ... SA faptul că, în cadrul procedurii de achiziție publică în cauză, oferta sa este admisibilă, solicitându-i totodată, în baza dispozițiilor art. 196 alin. (2) din legea nr. 98/2016, documentele suport DUAE.

Astfel, Consiliul constată că interesul SC ... SA în formularea cererii de intervenţie în interesul autorităţii contractante este născut şi actual, având în vedere că acesta, la momentul de faţă, are calitatea de ofertant admisibil şi posibil câştigător, urmând, pe cale de consecinţă, ca cererea sa să fie încuviinţată, în principiu.

Conform prevederilor art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul procedează cu întâietate la analizarea excepţiei inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă, constatând netemeinicia acesteia. În acest sens, contrar susținerilor autorității cum că notificarea prealabilă formulată de contestator nu ar conține, cu încălcarea dispozițiilor art. 6 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, măsurile de remediere solicitate, Consiliul constată că în cuprinsul adresei nr. 2613/24.10.2017, ... SA a solicitat autorității contractante *„anularea adresei nr. 31302/18.10.2017 comunicată în data de 19.10.2017 ora 15:47 privind declararea ofertei subscrisei ca inacceptabilă, anularea raportului procedurii și toate actele subsecvente acestei adrese, reevaluarea ofertei subscrisei, reluarea procedurii de atribuire și stabilirea ofertei câștigătoare, deoarece*

motivele care stau la baza declarării ofertei subscrisei ca inacceptabilă nu sunt temeinice și legale", ceea ce corespunde celor impuse de legiuitor la art. 6 alin. (2) anterior invocat.

Respingând excepția, Consiliul trece la analiza pe fond a cauzei.

Astfel, analizând susținerile părților, coroborate cu înscrisurile aflate la dosarul cauzei și având în vedere dispozițiile legale în materie, Consiliul constată că, potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 31302/1/18.10.2017, oferta contestatoarei a fost respinsă ca inacceptabilă, respectiv exclusă în baza dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 deoarece a *„prezentat declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării, de autoritatea contractantă, a absenței motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către furnizorii de materiale și/sau servicii implicați în contractul de achiziție publică, așa cum stipulează art. 219 și art. 220 din prevederea legală anterior invocată*".

Conform informațiilor regăsite în același document, Consiliul reține că respingerea ofertei contestatoarei a fost cauzată de faptul că ofertanta ... SA ar fi declarat că SC ... SRL nu are nicio calitate în cadrul procedurii, *„nici măcar de furnizor de materiale conform ofertei inițiale*", astfel cum a fost precizat de ofertant prin răspunsul nr. 2430 din 05.10.2017, deși *„în lista cu principalii furnizori, atașată ofertei financiare, ați declarat faptul că SC ... SA este furnizor de mixtură asfaltică și emulsie cationică. Se mai specifică faptul că transportul materialelor folosite în executarea contractului se va efectua cu mijloace de transport cu autobasculante, cisterne, autovehicule speciale, fără a specifica dacă acestea că aparțin sau aparțin unui terț*". Tot în adresa de comunicarea a rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a mai precizat, în motivarea deciziei sale, că *„Totuși, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2173 sin 06.09.2017 privind fundamentarea valorii ofertate a organizării de șantier se constată faptul că derularea contractului de lucrări se va realiza cu personal detașat (Protocol de detașare nr. 1418 din 12.06.2017) și utilaje închiriate (Contractul de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38 din 13.06.2017) de la aceeași societate comercială, acest fapt putând fi asimilat ideii că SC ... SA este și furnizor de servicii în sensul Legii nr. 98/2016 (...)*".

Potrivit art. 167 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, *„Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziţie publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situaţii: (....)*

h) operatorul economic s-a făcut vinovat de declaraţii false în conţinutul informaţiilor transmise la solicitarea autorităţii contractante în scopul verificării absenţei motivelor de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare şi selecţie, nu a prezentat

aceste informaţii sau nu este în măsură să prezinte documentele justificative solicitate"

Analizând motivele pentru care comisia de evaluare a considerat incidentă situația de excludere prevăzută de temeiul legal anterior citat, Consiliul constată că, prin adresa nr. 28554/1/29.09.2017, autoritatea contractantă a solicitat ofertantei următoarele clarificări:

„Având în vedere solicitarea de clarificări a autorității contractante, înregistrată cu nr. 25261/1/01.09.2017 și răspunsul dumneavoastră postat în SEAP, înregistrat sub nr. 2173 din 06.09.2017, rezultă din justificările prezentate că:

- *Derularea contractului privind forța de muncă de execuție se face în baza Protocolului de detașare înregistrat sub nr. 1418 din 12.06.2017, prin care SC ... SA detașează un număr maxim de 40 de persoane de execuție pentru o perioadă de 12 luni*
- *Utilajele necesare derulării contractului sunt asigurate de SC ... SA în baza Contractului de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38 din 13.06.2017.*

Vă solicităm să ne precizați care este calitatea în care participă la procedură SC ... SA (subcontractant, asociat, etc.), deoarece până în prezent a fost prezentat doar ca furnizor de mixtură asfaltică, emulsie cationică."

Răspunsul ofertantului la această solicitare, la care autoritatea face referire în cuprinsul comunicării deciziei de respingere a ofertei, respectiv adresa nr. 2430 din 05.10.2017, a fost următorul:

„Asocierea deține resursele necesare pentru derularea în bune condiții a contractului. Așa cum este menționat și în documentele la care faceți referire, acestea vor intra în vigoare în cazul în care Asocierea va fi desemnată câștigătoarea licitației. Societatea SC ... SA nu are nicio calitate (asociat, subcontractant) în cadrul procedurii. (...)".

În aceste condiții, Consiliul constată că răspunsul ofertantului a fost dat în sensul în care întrebarea i-a fost adresată de către comisia de evaluare, din cuprinsul căreia rezulta că, în procedură, calitatea de furnizor a SC ... SA este cunoscută de autoritate, iar enumerarea prezentată între paranteze, induce concluzia că necesitatea de lămurire a comisiei vizează clarificarea situației SC ... SA cu privire la deținerea și a calității de subcontractant sau asociat. Mergând pe același raționament, Consiliul constată că, în acest context, nici folosirea sintagmei „etc." nu poate conduce la o altă concluzie/interpretare a înțelesului întrebării.

Prin urmare, contrar reținerilor autorității contractante, Consiliul observă că răspunsul ofertantului, respectiv *„Societatea SC ... SA nu are nicio calitate (asociat, subcontractant) în cadrul*

procedurii” nu infirmă informațiile deja prezentate în oferta sa referitor la calitatea de furnizor a societății ... SA.

În aceste condiții, Consiliul nu va reține ca întemeiate susținerile autorității contractantă din cuprinsul punctului de vedere referitoare la faptul că ofertanta nu ar fi precizat că ... SA este și „furnizor de utilaje”, atât timp cât însăși comisia de evaluare reține că din justificările primite *„Utilajele necesare derulării contractului sunt asigurate de SC ... SA în baza Contractului de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38 din 13.06.2017*”.

Pe de altă parte, Consiliul apreciază că, dacă autoritatea contractantă dorea să se clarifice asupra calității de furnizor a ... SA și în ceea ce privește utilajele închiriate sau asupra altor aspecte rezultate din informațiile prezentate de ofertant pe parcursul evaluării, acesta trebuia să transmită o solicitare clară în acest sens, astfel cum impun dispozițiile art. 134 alin. (4) din HG nr. 395/2016 *„Comunicarea transmisă în sensul alin. (1) către candidat/ofertant trebuie să fie clară şi să definească în mod explicit şi suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare*”.

De asemenea, nici cele reținute de autoritate referitoare la faptul că *„în lista cu principalii furnizori, atașată ofertei financiare, ați declarat faptul că SC ... SA este furnizor de mixtură asfaltică și emulsie cationică. Se mai specifică faptul că transportul materialelor folosite în executarea contractului se va efectua cu mijloace de transport cu autobasculante, cisterne, autovehicule speciale, fără a specifica dacă acestea că aparțin sau aparțin unui terț*”, nu este în măsură să conducă la concluzia că ofertanta contestatoare s-ar face vinovată de informații false, dat fiind că pretinsa lipsă a acelei mențiuni a fost acoperită prin informațiile prezentate ulterior.

Luând în considerare cele anterior expuse, raportat la expunerile din cuprinsul comunicării rezultatului procedurii, respectiv *„prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 2173 sin 06.09.2017 privind fundamentarea valorii ofertate a organizării de șantier se constată faptul că derularea contractului de lucrări se va realiza cu personal detașat (Protocol de detașare nr. 1418 din 12.06.2017) și utilaje închiriate (Contractul de închiriere utilaje și mijloace de transport nr. 38 din 13.06.2017) de la aceeași societate comercială, acest fapt putând fi asimilat ideii că SC ... SA este și furnizor de servicii în sensul Legii nr. 98/2016*”, coroborat cu *„În consecință, deși aveați cunoștință, nu ați prezentat aceste informații autorității contractante, ci mai mult ați declarat prin răspunsul 2430 din 05.10.2017 că SC ... SA nu are nicio calitate în cadrul procedurii, nici măcar de furnizor de materiale conform ofertei inițiale*” aspecte care au dus la incidența, în opinia autorității, a dispozițiilor art. 167 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 98/2016 deoarece a *„prezentat declarații false în conținutul informațiilor transmise în scopul verificării, de autoritatea contractantă, a absenței motivelor*

de excludere sau al îndeplinirii criteriilor de calificare și selecție de către furnizorii de materiale și/sau servicii implicați în contractul de achiziție publică, așa cum stipulează art. 219 și art. 220 din prevederea legală anterior invocată", se reține că motivul de respingere a ofertei contestatoarei s-a referit la nemenționarea calității de furnizor a ... SA, iar nu la necesitatea calificării acestei societăți ca subcontractant/asociat, drept pentru care susținerile autorității contractante și ale intervenientului accesoriu cu privire la acest aspect nu vor fi analizate, nefăcând obiectul motivului de respingere a ofertei asupra legalității căruia este ținut să se pronunțe Consiliul.

Totodată, susținerea autorității cum că societatea contestatoare s-ar face vinovată de informații false deoarece nu ar fi adus la cunoștința comisei de evaluare faptul că *„... SA este o societate aflată în reorganizare judiciară la care acționar în proporție de 50% este SC ... SA având cota de beneficii și pierderi de 99,9986184395%, diferența fiind a doamnei Băiculescu Argentina-Minerva, care de altfel este acționar în SC ... SA*" nu are relevanță în cauză, având în vedere că, potrivit cerințelor din fișa de date, care de altfel, își găsesc corespondent și în legislația aplicabilă, ofertanții aveau obligația de a prezenta documentele din care să nu rezulte incidența motivelor de excludere doar în ceea ce privește ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător/subcontractantul, nu și furnizorii de materiale și/sau servicii implicați în contractul de achiziție publică.

În concluzie, față de cele anterior expuse, Consiliul constată netemeinicia motivelor invocate de autoritatea contractantă în cuprinsul adresei de comunicare a rezultatului procedurii, avute în vedere la emiterea deciziei de respingere a ofertei contestatoarei.

Cât privește susținerile intervenientului transmise prin intermediul „Concluziilor scrise" ulterior studierii dosarului cauzei, Consiliul reține că, prin intermediul acestora, SC ... SA aduce motive noi, care, în opinia sa, demonstrează caracterul inadmisibil al ofertei contestatoarei, dar care însă nu au fost avute în vedere de către comisia de evaluare în emiterea deciziei de respingere a ofertei acesteia. Or, având în vedere calitatea de intervenient accesoriu în interesul autorității contractante a SC ... SA, Consiliul constată că acesta este ținut să sprijine poziția autorității și nu să se subroge comisiei acesteia, realizând o evaluare proprie a ofertelor depuse în cadrul procedurii, evaluarea ofertelor fiind atributul exclusiv al comisiei de evaluare desemnată în acest sens, așa cum dispun prevederile art. 127 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

Mai mult, având în vedere dispozițiile legiuitorului regăsite la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, respectiv *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a*

precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia", Consiliul, pentru identitate de rațiune, apreciază că inclusiv intervenientului îi este interzisă o astfel de acțiune, respectiv investirea CNSC cu verificarea unor aspecte care nu au făcut obiectul cauzei în care acesta a intervenit în mod voluntar.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul urmează să admită contestația formulată de SC ... SA și să anuleze procesul-verbal nr. 17 înregistrat sub nr. 31302/18.10.2017, în partea dedicată evaluării ofertei asocierii ..., comunicată prin adresa nr. 31302/18.10.2017, precum și actele subsecvente acestuia.

În baza art. 26 alin. (2) şi (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Pe cale de consecință, în temeiul dispozițiilor art. 17 alin (3) si art. 68 din Legea nr. 101/2016, coroborate cu dispozițiile art. 61 şi următoarele din Codul de procedură civilă, Consiliul va respinge cererea de intervenţie accesorie formulată de SC ... SA.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge excepția inadmisibilității contestației, invocată de autoritatea contractantă.

Admite contestația SC ... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă, ...

Anulează procesul-verbal nr. 17 înregistrat sub nr. 31302/18.10.2017, în partea dedicată evaluării ofertei asocierii ..., comunicată prin adresa nr. 31302/18.10.2017, precum și actele subsecvente acestuia.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reanalizeze oferta depusă de asocierea ..., cu respectarea prevederilor legale și a celor evocate în motivare.

Încuviinţează în principiu cererea de intervenţie accesorie formulată de SC ... SA și o respinge.

Prezenta decizie este obligatorie, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, potrivit art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 5 exemplare, conține 16 pagini.