C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

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

DECIZIE

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

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. ...../....., depusă de ASOCIEREA SC ..... SA – .....prin Liderul SC ..... SA, cu sediul în ....., str....., ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată prin Ing. ....., în calitatea de director general, reprezentată convențional prin ..... cu sediul procesual ales în ....., str. Sevastopol, nr. 17C, clădirea B, ap. 21, et. 2, ... împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. ..... emisă de ..... SA, cu sediul în ....., b-dul ..... în calitate de autoritate contractantă, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având că obiect: „....., cod CPV .....-6 s-a solicitat:

1) anularea adresei nr. ..... înregistrată la contestator sub nr. 661/14.03..... prin care autoritatea contractantă comunică contestatorului punctul de vedere cu privire la notificarea prealabilă,

2) anularea adresei nr. ..... prin care i se comunică rezultatul procedurii, respectiv declararea că neconformă a ofertei depusă, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

3) anularea parțială a raportului procedurii în ceea ce privește oferta depusă de contestator, precum și a tuturor actelor subsecvente emise în cadrul procedurii, inclusiv, dar fără a se limita la adresele de comunicare a rezultatului procedurii, pentru motive de netemeinicie și

nelegalitate, precum și a raportului final al procedurii, în măsura în care se finalizează evaluarea ofertelor până la soluționarea prezentei contestații;

4) reevaluarea ofertei depusă de contestator și stabilirea ca fiind admisibilă și conformă, respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice.

5) studierea dosarului achiziției.

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

Contestatorul menționează că autoritatea contractantă a publicat în SEAP, la data de ..... anunțul de participare nr. ....., referitor la procedura de atribuire având că obiect „.....".

Asocierea SC ..... SA – ....., a.s - ..... SA prin Liderul SC ..... SA susține că în urma depunerii ofertei pentru procedura de atribuire a contractului de achiziție publica menționat anterior, autoritatea contractantă prin adresa nr. ..... i-a adus la cunoștință că în urma evaluării ofertelor depuse în cadrul procedurii de atribuire mai sus menționate oferta depusă a fost „declarată neconformă conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și pe cale de consecință, respinsă (...)".

Contestatorul a considerat această decizie nelegală și abuzivă, întrucât oferta depusă a fost declarată în mod greșit neconformă, nefiind în situația dată de premisele art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, sens în care a apreciat că este oportun să se prevaleze de dispozițiile art. 6 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, și să formuleze notificare prealabilă.

În urma notificării prealabile, prin adresa nr. ..... 14.03....., înregistrată la contestator sub nr. 663/14.03....., autoritatea contractantă îi aduce la cunoștință că menține rezultatul procedurii și anume, „declararea că neconformă a ofertei subscrisei, și pe cale de consecință, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016".

Dat fiind faptul că în opinia contestatorului oferta sa a fost apreciată greșit de autoritatea contractantă ca fiind neconformă, contestatorul a formulat prezenta contestație.

1. Referitor la respingerea ofertei ca fiind neconformă în baza art art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, contestatorul face următoarele precizări:

Referitor la propunerea tehnică depusă de contestator, acesta susține că propunerea respectă întru-totul cerințele impuse de

autoritatea contractantă în efectuarea „.....”, motiv pentru care apreciază că, în mod absolut eronat, urmare a unei evaluări subiective și superficiale autoritatea contractantă a declarat oferta sa că neconforma.
Contestatorul menți.....ază că în data de 25.01..... autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări nr. 12B/893 prin care, printre altele, menți.....ază:

„Solicitare de clarificări 3: având în vedere solicitarea autorității contractante din documentația de atribuire, cerințele beneficiarului - anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pc 5 - structură rutiere „Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile”, comisia de evaluare solicită să clarificați structură rutieră pe care ofertantul o va adopta în executarea lucrărilor pentru acostamente”.

Contestatorul susține că, prin adresa nr. 288/05.02....., a transmis răspunsul la solicitarea de clarificări, iar la pag. 2 în ceea ce privește solicitarea 3, a arătat: „Structura rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei sale este cea din documentația de atribuire, cerințele beneficiarului, pct. 1.3.3.4 structură rutieră, unde se face precizarea: „acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură: 4 cm beton asfaltic MASF16 m; 12 cm piatră spartă amestec optimal; - 28 cm balast.”

Astfel, structură rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei este cea redată de mai sus cu modificarea stratului de uzură în concordanță cu prevederile normativului ....., repectiv 4 cm MAS 16 (m)”.

Ca urmare a răspunsului, autoritatea contractantă la data de 28.02..... i-a comunicat rezultatul procedurii prin care i se aduce la cunoștință că oferta „a fost declarată neconformă conform art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 și pe cale de consecință, respinsă în temeiul art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016”.

Contestatorul susține că în cuprinsul rezultatului procedurii se reține că ofertantul a avut în vedere la elaborarea propunerii tehnice soluția tehnică a structurii rutiere pentru acostamente prezentată la cap. 1.3 oportunitatea investiției - descrierea lucrărilor din cerințele beneficiarului care a stat la baza elaborării studiului de fezabilitate și nu soluția tehnică din cerințele speciale obligatorii din anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pc. 5 - structură rutieră conform căreia «*Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile*», respectiv

- 4 cm beton asfaltic MAS 16 (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)
- 6 cm beton asfaltic deschis cu criblura BAD 20
- 8 cm anrobat bituminos AB 31,5
- 25 cm balast stabilizat
- 40 cm balast
- 20 cm strat de forma din balast.

Conform definiției, această soluție tehnică adoptată pentru structură rutieră a acostamentelor este obligatorie. Astfel, ofertantul ar fi

modificat structură rutieră a acostamentelor că dimensiune a structurilor rutiere ca material.

Astfel, comisia de evaluare a considerat că propunerea sa tehnică nu satisface în mod corespunzător cerințele beneficiarului.

Contestatorul apreciază această decizie ca fiind abuzivă și de natură să încalce principiile de drept care guvernează legea achizițiilor publice, clasificând-o ca o decizie luată că urmare a unei evaluări pur formale a autorității contractante, cu ignorarea aspectelor tehnice menționate de contestator în cuprinsul propunerii tehnice depuse la dosarul achiziției publice și care atestă îndeplinirea criteriilor stabilite de autoritatea contractantă, respectiv faptul că *„structura rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei este cea din documentația de atribuire; cerințele beneficiarului, pct. 1.3.3.4 (...) cu modificarea stratului de uzură în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS 16 (m)*”.

Contestatorul susține că a respectat întru-totul cerințele impuse de autoritatea contractantă, propunerea tehnică fiind în deplină concordanță cu criteriile specificate, fiind posibilă realizarea lucrărilor astfel cum au fost ofertate. Prin urmare, oferta depusă fiind în concordanță cu dispozițiile legale, iar modificarea stratului de uzură este în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16 (m), în mod greșit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta depusă a fost declarată neconformă.

Contestatorul consideră că oferta depusă de un participant în cadrul procedurii de atribuire trebuie să îndeplinească aceleași cerințe juridice ca orice ofertă în dreptul comun, respectiv ea trebuie să fie fermă și neechivocă, precisă și completă și, desigur, să îndeplinească cerințele documentației de atribuire. Acesta susține că a depus o ofertă conformă, precisă, completă, aspecte ignorate de autoritatea contractantă fiind declarată neconformă în mod netemeinic, printr-o interpretare eronată a aspectelor tehnice menționate de el prin răspunsul la solicitarea la clarificări.

Prin urmare, apreciază că decizia autorității contractante este nelegală și netemeinică, întrucât prin răspunsul la solicitarea de clarificări din data de 05.02..... a specificat în mod clar structură rutieră pe care o va adopta în execuția lucrărilor de acostament, structură care respectă toate criteriile pentru a duce la îndeplinire proiectul pe care s-a angajat să-l efectueze.

Acesta consideră că chiar și cu modificarea stratului de uzură, modificare care este în concordanță cu prevederile normativului ..... -

cerința a autorității contractante, respectiv 4 cm MAS16 (m) oferta depusă este conformă, și autoritatea contractantă avea obligația să constate acest caracter prin raportare la documentele depuse de el în cadrul ofertei, inclusiv ca urmare a răspunsului la solicitarea de clarificări prin care a făcut dovada faptului că propunerea tehnică respectă cerințele menționate în caietul de sarcini.

Contestatorul subliniază faptul că propunerea tehnică a fost fundamentată având în vedere condițiile menționate în caietul de sarcini, inclusiv cele cu privire la studiul de fezabilitate. Prin urmare autoritatea contractantă trebuia să considere ofertă depusă de el că fiind conformă, respectând în integralitate și condițiile SF-ului pe baza căruia s-au stabilit indicatorii tehnico-economici ce dimensi.....ază investiția, respectiv valoarea în care ofertanții trebuie să se încadreze.

Aceste aspecte au fost ignorate, autoritatea contractantă rezumându-se în mod greșit doar la anexa nr. 6, fără însă a avea în vedere faptul că a respectat toate condițiile din documentația de atribuire, inclusiv cele menționate în caietul de sarcini.

Nelegalitatea deciziei autorității contractante este cu atât mai evidentă cu cât aceasta nu argumentează care sunt raționamentele pentru care a înlăturat propunerea tehnică, deși aceasta demonstra calificarea inclusiv raportat la condițiile din caietul de sarcini, fără nici măcar a solicita clarificări suplimentare.

Contestatorul susține că acest aspect se observă și prin comunicarea răspunsului la nr. ...../14.03..... la notificarea prealabilă prin care autoritatea contractantă se rezumă să menți.....ze doar faptul că-și menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 12B/2547/ 28.02....., fără însă a argumenta care sunt motivele pentru care s-a înlăturat oferta tehnică.

Prin urmare, contestatorul consideră atitudinea autorității contractante ca fiind abuzivă, invocând dispozițiile Constituției României, art. 6 CEDO și de asemenea, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

2. Contestatorul mai susține și faptul că decizia autorității contractante este nelegală prin raportare la cerințele menționate de în documentația de atribuire, cerințe de natură să permită ofertantului să-și fundamenteze oferta ținând cont chiar de condițiile menționate în caietul de sarcini.

Acesta menți.....ază că autoritatea contractantă prezintă două cerințe în ceea ce privește alcătuirea structurii rutiere a acostamentelor după cum urmează:

- în cadrul punctului 1.3.3.4 *„Structura rutieră”* din cerințele beneficiarului se face precizarea că acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură:
  - 4 cm beton asfaltic MASF 16m (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)
  - 12 cm piatră spartă amestec optimal
  - 28 cm balast;

- în cadrul anexei nr. 6 - *„Lucrări de drum și intersecții”*, la punctul 5 se face precizarea *„Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile”*;

Prin urmare, contestatorul consideră că este evident că în această situație ofertanții aveau posibilitatea să se conformeze uneia sau alteia dintre cele două cerințe.

Acesta menți.....ază că la întocmirea ofertei, s-a procedat la studierea în detaliu a documentației tehnice pusă la dispoziția ofertanților, luând în considerare definiția dată de către autoritatea contractantă acestei documentații, conform căreia la punctul 1.2.2 al cerințelor beneficiarului din cadrul capitolului 1.2 și anume *„Documentația tehnică faza SF”, „Studiul de fezabilitate în baza căruia s-a realizat promovarea investiției la nivelul anului 2007, și reprezintă documentația tehnică la un nivel de exigență cantitativă și calitativă minimă acceptată de către beneficiar și impusă de către acesta pentru elaborarea proiectului tehnic de execuție”.*

În cadrul documentației tehnice definite (de către autoritatea contractantă) mai sus, în cadrul volumului *„vol 2.1.a - tronson 1 lucrări de drum”* se regăsesc profilele transversale tip ale proiectului, care evidențiază structura rutieră a acostamentelor avută în vedere la elaborarea studiului de fezabilitate și implicit, structura pe baza căreia s-au stabilit indicatorii tehnico - economici ai investiției, indicatori pe care se bazează și valoarea lucrărilor propuse spre execuție.

Astfel, profilele transversale tip 1, 2 și 3 ale documentației tehnice faza SF evidențiază structura rutieră a acostamentelor ca fiind:

- 4 cm beton asfaltic MASF 16m (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)
- 12 cm piatră spartă amestec optimal
- 28 cm balast

Aceste profile sunt identificate în documentație prin următoarele coduri desen:

- 7157-DRU-SF+LC-TT-01 - Profil transversal tip nr. 1
- 7157-DRU-SF+LC-TT-02 - Profil transversal tip nr. 2
- 7157-DRU-SF+LC-TT-03 - Profil transversal tip nr. 3

Dat fiind faptul că tronsonul 1 al drumului expres Craiova - Pitești, este continuat de încă 3 tronsoane, trebuie extrapolată analiza pe întregul drum supus procedurilor de achiziție. Analizând astfel *„cerințele beneficiarului pentru Tronsoanele 2, 3 și 4 ale drumului expres”* se constată că în cazul Tronsonului 2 (ambele loturi) și Tronsonul 4 este solicitată realizarea acostamentelor în soluție impermeabilizată având în

comp.....nță straturile reiterate mai sus, cerința din anexa 6 corelându-se cu cea exprimată la punctul 1.3.3.4 structură rutieră, respectiv *„Zona mediană și acostamentele se vor impermeabiliza*”.

Prin urmare, documentația tehnică faza SF pe baza căreia s-au stabilit indicatorii tehnico - economici reprezintă un nivel de exigență cantitativă și calitativă minimă acceptată, aceasta prevăzând realizarea acostamentelor în soluția ofertata.

Capitolul 1.3.3.4 al cerințelor beneficiarului, pentru toate cele 4 tronsoane supuse procedurii de atribuire, prevede aceeași structură rutieră a acostamentelor, prin aplicarea acesteia asigurându-se un sistem unitar de execuție a lucrărilor, soluție ofertată;

Anexa 6 la cerințele beneficiarului, pentru tronsoanele 1, 3 solicită execuția acostamentelor într-o variantă modificată față de documentația faza SF (dar totuși minima acceptată), în timp ce pentru tronsonul 2 (ambele loturi) și tronsonul 4 menține soluția din aceiași documentație, ceea ce conduce la neuniformizarea execuției întregului drum.

În concluzie, contestatorul consideră că respingerea ofertei sale, s-a făcut pentru motive străine de cerințele caietului de sarcini, invocând aspecte care nu sunt cuprinse în acesta, întrucât anexa 6 cuprinde execuția acostamentelor într-o variantă modificată față de documentația faza SF, aspect ce nu poate fi acceptat cu atât mai mult cu cât oferta depusă de el respectă inclusiv SF-ul.

Întrucât modul de aducere la îndeplinire a cerințelor trebuie să fie indicat de autoritate, în lipsa unor asemenea mențiuni exprese în documentația de atribuire, autoritatea nu poate aplica ulterior criterii suplimentare de evaluare și stabilire a conformității ofertelor, o asemenea conduită fiind nelegală. Contestatorul consideră că la evaluarea ofertelor autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere în primul rând condițiile menționate în caietul de sarcini care sunt în deplină concordanță cu SF-ul.

Prin adresa nr. ....., respectiv rezultatul procedurii, autoritatea contractantă, reține că „(...) ofertantul modifică structura rutieră a acostamentelor ca dimensiune a straturilor rutiere, cât și comp.....nța structurii rutiere ca material”. Contestatorul consideră ca fiind nelegală și netemeinică o asemenea „argumentație”, făcând trimitere la dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Așadar, în vederea clarificării situației privind propunerea tehnică, autoritatea contractantă putea transmite o nouă solicitare de clarificări-clarificare care nu ar fi condus la crearea unui avantaj contestatorului, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței, însă, contestatorul consideră că autoritatea a ales să stea în pasivitate și să tranșeze cu superficialitate oferta depusă de el, aspect confirmat și prin adresa nr. ...../14.03..... prin care se rezumă doar la o singură frază, respectiv păstrarea punctului de vedere încărcat în platforma SEAP cu adresa nr. 12B/2547/28.02.....

Prin urmare, contestatorul consideră că s-a încălcat principiul tratamentului egal și al nediscriminării în ceea ce privește evaluarea ofertei depuse, prin comunicarea răspunsului fără a se clarifica aspectele tehnice, rezumându-se la a concluziona doar faptul că ar fi modificat structura rutieră a acostamentelor ca dimensiune a straturilor rutiere și comp.....nța structurii rutiere ca material, deși a arătat că modificarea stratului de uzură este în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16 (m).

În acest sens invocă și practica instanțelor Uniunii Europene, respectiv Tribunalul de Prima Instanță de la Luxemburg, Hotărârea din 10 decembrie 2009, cauza T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV împotriva Comisiei Europene, pct. 56 și 57.

Contestatorul mai invocă și practica Consiliului, făcând trimitere la Decizia CNSC nr. .....din data de 12.12.2011.

Prin urmare, principiul bunei credințe presupune în speța că autoritatea contractantă ar fi trebuit să acți.....ze nepărtinitor și să clarifice situația de fapt în condițiile în care contestatorul a făcut dovada că propunerea tehnică îndeplinește cerințele astfel cum au fost acestea cuprinse în documentația de atribuire.

Referitor la propunerea tehnică privind structura rutieră pe care a depus-o, raportat la situația de fapt, contestatorul consideră că în speță sunt incidente dispozițiile art. 135 alin. (7) și (8) din HG nr. 395/2016.

Potrivit adresei de comunicare a rezultatului procedurii se invocă de către autoritatea contractantă faptul că *„(...) ofertantul modifică structura rutieră a acostamentelor ca dimensiune a straturilor rutiere, cât și comp.....nța structurii rutiere ca material*”.

Contestatorul susține că nu se încadrează în situația menționată de autoritatea contractantă, fiind în mod greșit aplicate dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că oferta depusă este în concordanță cu cerințele menționate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini și cu studiul de fezabilitate, astfel că autoritatea contractantă putea solicita și trebuia ca prin solicitarea de clarificări din data de 25.01..... să lămurească aspectul obligativității cerințelor din anexa nr. 6.

Contestatorul susține că a respectat întocmai cerințele din documentația de atribuire, oferta tehnică depusă respectând legislația în vigoare, fiind în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS 16(m). Prin documentele depuse și inclusiv prin răspunsul nr. 288/05.02....., autorității contractante i s-a făcut dovada elaborării

structurii rutiere, în speță fiind respectate atât condițiile impuse de autoritatea contractantă cât și legislația în vigoare.

Contestatorul consideră că nu este incident niciun motiv prevăzut de legiuitor la 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 care să justifice măsura de respingere a ofertei depusă ca neconformă.

Având în vedere cerințele menționate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini și anexa nr. 6, aspect ce a „permis" ofertanților să-și fundamenteze oferta tehnică ținând cont de cerințele caietului de sarcini întrucât acestea sunt în deplină concordanță cu SF-ul, raportat la dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea avea obligația de a transmite o solicitare de clarificări după data de 05.02..... că urmare a menționării modalității de fundamentare a ofertei tehnice (pag. 2 din răspunsul nr. 288/05.02.....) însă a ignorant cu desăvârșire orice demers legal al în ceea ce privește îndeplinirea criteriilor privind partea tehnică a ofertei, comunicându-i astfel în mod nelegal, netemeinic și chiar abuziv decizia de respingerea a ofertei ca neconforma.

Contestatorul mai precizează că, potrivit art. 168 din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă avea obligația de a accepta și de a lua în considerare răspunsul său, cu atât mai mult cu cât a făcut dovada îndeplinirii criteriilor privind partea tehnică a ofertei menționate în caietul de sarcini.

Contestatorul mergând pe premisa că, tot ceea ce nu este interzis, este permis, consideră că nu are nicio relevanță faptul că structură rutieră menționată de asociere prezintă o modificare a stratului de uzură, întrucât pe de o parte această modificare este în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16(m), iar pe de altă parte, legea permite și chiar obligă autoritatea de a accepta orice explicație în susținerea unei oferte cu atât mai mult cu cât contestatorul prin oferta depusă a făcut dovada îndeplinirii criteriilor privind oferta tehnică.

Contestatorul consideră că prin modalitatea de întocmire a ofertei depuse nu se aduc avantaje suplimentare față de ceilalți ofertanți, respectiv față de modalitatea de evaluare a ofertelor acestora. Prin modalitatea de întocmire a ofertei, respectiv prin modificarea stratului de uzură în concordanță cu prevederile normativului ....., nu au fost vătămate interesele autorității contractante sau ale ofertanților participanți la procedură.

Prevederile art. 140 și art. 141 din HG nr. 394/2016, reglementează modul de abordare de către autoritățile contractante a situațiilor în care sunt detectate erori materiale/omisiuni, aceste fiind divizate în trei categorii: erorile aritmetice, viciile de formă și abaterile tehnice minore.

Prin urmare, legislația în domeniul achizițiilor publice precizează în mod clar condițiile în care se pot corecta acestea, metodologia de

aplicare a corecțiilor, dispozițiile legale nerestricționând dreptul autorității de a efectua corecția acestor vicii de formă.

Conform dispozițiilor legale, aplicabile în cauză, viciile de formă pot fi omisiuni de completare sau abateri tehnice minore asupra cărora autoritatea contractantă are deplină libertate de a le corecta, solicitând totodată acordul ofertantului.

Contestatorul consideră că în situația dată, autoritatea contractantă trebuia să solicite clarificări, înainte de a comunica rezultatul procedurii, având în vedere că structură tehnică astfel cum a fost fundamentată face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare, în acest sens invocând practica Consiliului National de Soluționare a Contestațiilor*, „Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine că neconforme ofertele care conțin orice fel de abateri, textul legal menționat nu își mai găsea locul în hotărârea Guvernului evocată. Jurisprudența Consiliului este statornică în sensul că orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică a ofertei, sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente, care ar defavoriza un ofertant, cum este cel în cauza, căruia trebuia să i se acorde dreptul de a-și demonstra cu claritate și în cunoștința de cauza conformitatea propunerii tehnice”.*

Prin urmare, raportat la toate aceste considerente, contestatorul consideră că autoritatea contractantă a evaluat superficial oferta, motiv pentru care se impune reevaluarea acesteia.

Contestatorul susține că însăși autoritatea contractantă la adoptarea deciziei de respingere a ofertei depuse face trimitere la cerințele din propria documentație de atribuire, în speță cerințele de la pct. 1.3.3.4 structură rutieră, fără a prezenta niciun fel de justificare de ce ar prevala o prevedere dintr-o anexă față de mențiunile din cadrul caietului de sarcini, ambele fiind incluse în cadrul aceleiași documentații de atribuire.

Practic, la respingerea ofertei, autoritatea contractantă își invocă propria culpa, ceea ce nu este permis conform sistemului roman de drept - nemo allegans propriam turpitudinem auditur, conduită ce se impune a fi revizuită și adoptate măsuri de remediere, în sensul anularii deciziei de respingere a ofertei că neconformă.

Totodată, trebuie avut în vedere că asocierea contestatoare nu poate fi sancționată că a inclus în cadrul ofertei tehnice cerințele de la pct. 1.3.3.4. structură rutieră din caietul de sarcini, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a interzis prezentarea unei astfel de modalități de structură rutieră.

Contestatorul susține că nu s-a adus nicio vătămare autorității contractante prin modalitatea de elaborare a ofertei tehnice depuse, care a avut în vedere cerințele documentației de atribuire.

Toate cerințele stabilite de autoritatea contractantă au fost asumate prin oferta tehnică depusă, unde se menți.....ază explicit ce lucrări se vor executa și perioadele de execuție prezentate în acord cu cerințele autorității contractante, precum și în celelalte documente depuse în cadrul ofertei, fie că parte a ofertei tehnice, fie că parte a ofertei financiare.

Evaluarea ofertei cu ignorarea cerințelor din caietul de sarcini atrage nelegalitatea concluziilor evaluării și implicit nelegalitatea deciziei luate de autoritatea contractantă pe baza acestor concluzii.

Contestatorul consideră că prin această decizie au fost încălcate principiul egalității de tratament și nediscriminării, la evaluarea ofertei luându-se în considerare aspecte ce nu sunt conținute de documentația de atribuire sau interpretate eronat.

În virtutea aplicării principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuia să ia act de faptul că răspunsurile la solicitările de clarificări sunt concludente și să stabilească oferta depusă de Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, drept admisibilă.

Pe cale de consecință, contestatorul solicită admiterea contestației și dispunerea celor menționate anterior.

Prin adresa nr. . .../...../04.04....., Consiliul solicită autorității contractante transmiterea dosarului achiziției și oferta contestatorului; dovada respectării prevederilor art. 16 alin. (2) și art. 6 alin. (4) din Legea nr. 101/2016 iar, în situația în care a adoptat vreo măsură de remediere după primirea contestației transmiterea dovezii respectării prevederile art. 9 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

Autoritatea contractantă răspunde solicitării și, prin adresa nr. ....., înregistrată la CNSC cu nr. ..... transmite documentele solicitate și punctul de vedere față de contestație, solicitând Consiliului respingerea contestației ca fiind nefondată.

Autoritatea contractantă menți.....ază că în urma verificării rubricii „*Participare*” generată de sistemul SEAP aferente procedurii sus menționate, a luat act de depunerea a 6 oferte printre care și cea a contestatorului.

Referitor la contestația depusă, autoritatea contractantă menți.....ază că în conformitate cu documentația de atribuire, se solicita la *„cerințele beneficiarului - 3.2 cerințe speciale obligatorii*”:

„3.2 Cerințe speciale obligatorii

3.2.1 Cerințele obligatorii vizează elementele esențiale ale lucrărilor pe care proiectarea antreprenorului trebuie să le respecte. Toate

cerințele beneficiarului sunt obligatorii, cu excepția cazului în care se specifică altfel.

3.2.2 Cerințele obligatorii prezentate în studiul de fezabilitate includ, cu excepția cazurilor menționate separat în cerințele beneficiarului:

- *limitele șantierului*
- *cerințele prevăzute în alte avize;*
- *cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în anexa 5*
- *cerințele de drum așa cum sunt menționate în anexa 6*
- *indicatorii tehnico-economici*";

De asemenea, în cerințele beneficiarului - anexa nr. 6 lucrări pe drum și intersecții pc. 5 - structură rutieră se menți.....ază: „*Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile*".

Autoritatea contractantă, analizând propunerea tehnică, cât și răspunsurile oferite la solicitările de clarificări privind propunerea tehnică a contestatorului, a decis că oferta depusă de Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA să fie respinsă potrivit art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016.

Acest lucru s-a datorat faptului că în cadrul propunerii tehnice, contestatorul nu a precizat structura rutieră pe care o va adopta pe acostamente. Prin urmare, a solicitat ofertantului prin adresa nr. 12B/893/ 25.01..... să clarifice structură rutieră pe care o va adopta în execuția lucrărilor pentru acostamente, în vederea respectării solicitării autorității contractante din documentația de atribuire, cerințele beneficiarului – anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pc. 5 - structură rutieră „Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile".

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, transmis prin adresa nr. 288/05.02....., ofertantul contestator a precizat că structura rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei este cea redată în documentația de atribuire, cerințele beneficiarului, pctul. 1.3.3.4 structura rutieră, unde se face precizarea: „acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură :

- *4 cm beton asfaltic MASF 16m -12 cm piatră spartă amestec optimal;*
- *28 cm balast*" cu modificarea stratului de uzură în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16 (m).

Ofertantul contestator a avut în vedere la elaborarea propunerii tehnice soluția structurii rutiere pentru acostamente prezentată la capitolul 1.3. oportunitatea investiției, descrierea lucrărilor din cerințele beneficiarului care a stat la baza elaborării studiul de fezabilitate și nu soluția tehnică din cerințele speciale obligatorii - anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pc. 5 - structură rutieră, conform căreia *„Acostamentele vor avea același sistem rutier ca cel de pe zona părții carosabile*" respectiv

- 4 cm beton asfaltic MAS 16 (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)
- 6 cm beton asfaltic deschis cu criblură BAD 20
- 8 cm anrobat bituminos AB 31,5
- 25 cm balast stabilizat
- 40 cm balast
- 20 cm strat de formă din balast.

Conform definiției, această soluție tehnică adoptată pentru structura rutieră a acostamentelor este obligatorie, iar ofertantul a modificat structura rutieră a acostamentelor ca dimensiune a straturilor rutiere, cât și comp.....nța a structurii rutiere că material.

Față de susținerile contestatorului privind propunerea tehnică depusă, că fiind în concordanță cu cerințele impuse de autoritatea contractantă prin cerințele beneficiarului și că anexa 6 nu respectă cerințele SF-ului, autoritatea contractantă menți.....ază și prevederile art. 3.2 din cerințele beneficiarului:

„3.2 Cerințe speciale obligatorii

3.2.1 Cerințele obligatorii vizează elementele esențiale ale lucrărilor pe care proiectarea antreprenorului trebuie să le respecte. Toate cerințele beneficiarului sunt obligatorii, cu excepția cazului în care se specifică altfel

3.2-2 Cerințele obligatorii prezentate în studiul de fezabilitate includcu excepția cazurilor menționate separat în cerințele beneficiarului:

- *limitele șantierului,*
- *cerințele prevăzute în alte avize;*
- *cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în anexa 5*
- *cerințele de drum așa cum sunt menționate în anexa 6*
- *indicatorii tehnico-economici*".

Autoritatea contractantă menți.....ază că este evident că, în cazurile menționate separat, nu regăsim descrierea lucrărilor care include pct. 1.3.3.4, pe care se bazează susținerea ofertantului contestator.

Actualizările solicitate completează/modifică/clarifică aspecte precizate prin cerințele beneficiarului, fiind justificate de necesitatea adaptării în prezent a documentației faza SF, întocmită în anul 2007, precum și de faptul că autoritatea contractantă are în vedere trecerea, la un moment dat la profil de autostradă a drumului expres Craiova-Pitești, fapt cunoscut de către toți ofertanții și menționat în răspunsurile la

clarificări înainte de depunerea ofertelor, (ex. răspunsul 17 din clarificarea 4, răspunsul 6 din clarificarea 7). Prin anexa 6, autoritatea contractantă a solicitat un profil rutier similar celui pentru autostradă, având în vedere că, pe viitor, trecerea drumului expres la profil de autostradă să fie mai facilă și mai puțin costisitoare. Ori în condițiile propunerii tehnice depusă de Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, ar fi necesară demolarea acostamentului existent și reconstrucția unui sistem rutier similar celui existent pe calea de rulare.

Cu toate acestea, contestatorului încearcă să inducă, în mod eronat, convingerea că este o variantă la alegere.

Autoritatea contractantă susține că este singurul dintre toți cei 6 ofertanți din cadrul procedurii de achiziție publică care nu a respectat cerința specială obligatorie cu privire la structura rutieră pentru acostamente menționată în anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pct. 5.

Pe cale de consecință, autoritatea contractantă a considerat că propunerea tehnică a ofertantului contestator nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele cantitative și calitative minime, obligatorii solicitate prin caietul de sarcini.

În cuprinsul contestației, contestatorul, face în mod constant, referiri la schimbarea stratului de uzură 4 cm MAS (m), în contextul în care solicitarea de clarificări transmisă acestuia a avut în vedere întreaga structură rutieră prevăzută pentru acostamente.

Față de susținerea repetată a contestatorului privind nelegalitatea deciziei, fără nici măcar a solicita clarificări suplimentare, autoritatea contractantă apreciază că solicitarea de clarificări nr. 12B/893/25.01..... este formulată astfel încât indică ofertantului la procedura de achiziție publică, în mod explicit, chiar aspectele pe care acesta trebuie să le respecte, respectiv:

„Având în vedere solicitarea autorității contractante din documentația de atribuire, cerințele beneficiarului - anexa 6 - lucrări de drum și intersecții pc 5 - structura rutieră acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile, comisia de evaluare solicită să clarificați structura rutieră pe care ofertantul o va adopta în execuția lucrărilor pentru acostamente."

Asocierea susține că se impunea o nouă solicitare de clarificări, cu trimitere la prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, la încălcarea principiilor de drept și la practica instanțelor Uniunii Europene, ori solicitarea de clarificări a fost formulată în sprijinul ofertantului, tocmai pentru a nu lăsa loc interpretărilor de natura celor expuse de

acesta. Răspunsul contestatorului la solicitarea de clarificări nu a fost în niciun caz unul ambiguu: Acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură :

- 4 cm beton asfaltic MASF 16m
- 12 cm piatră spartă amestec optimal
- 28 cm balast, așa cum sugerează notificarea prealabilă contestației, ci unul concis, explicit, care nu lasă loc unor noi clarificări care, în opinia autorității ar fi condus în mod substanțial la modificarea ofertei tehnice depusă, aspect interzis de legislația în vigoare, art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Invocarea prevederilor art. 168, art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016 de către contestator nu are aplicabilitate asupra situației de fapt și de drept, nu a prezentat relevanță în respingerea ofertei tehnice prezentată de către ofertant, încadrarea legislativă (art. 137 alin. 1 și alin. 3, lit. a) din HG nr. 395/2016), fiind stipulată prin adresa nr. 12B/2547/28.02.....

În continuare, contestatorul susține că *„tot ceea ce nu este interzis, este permis*". Autoritatea contractantă reiterează că a avut în vedere, în mod expres, o structură rutieră identică cu partea carosabilă pentru acostamente, aspect respectat de toți ceilalți participanți la procedura de licitație publică, și nu putea să accepte o ofertă inferioară cerințelor minime prevăzute prin documentația de atribuire. O acceptare a ofertei tehnice inferioară cerințelor minime prevăzute prin documentația de atribuire, ar presupune o încălcare a prevederilor legale în materia achizițiilor publice, art. 137 din HG nr. 395/2016, o favorizare a contestatorului în raport cu ceilalți participanți la procedura de licitație (din punct de vedere calitativ și financiar - prin menținerea structurii rutiere a acostamentelor la nivelul prevăzut la faza SF) și încălcarea principiilor care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică prevăzute la art. 2 din Legea nr. 98/2016.

Invocarea prevederilor art. 140 și art. 141 din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, aprobate prin HG nr. 395/2016 nu are incidență în speța discutată, trimiterile fiind aplicabile ofertelor conforme.

Autoritatea contractantă susține că a avut în vedere prevederile art. 134, 135 din HG nr. 395/2016, menționate de către contestator, iar neconformitatea din propunerea tehnică analizată nu poate fi încadrată ca și eroare artimetică/viciu de formă/abatere minoră (sub 1%), după cum indică ofertantul, din următoarele rațiuni:

„După o evaluare amănunțită a prețurilor pe cantități ce compun valoarea estimată, comisia de evaluare a constatat că diferența cuantificată pe cantități este mai mare de 2% din valoarea de contract estimată, neluând în calcul costurile generate de o viitoare trecere a drumului expres la profil de autostradă, ceea ce ar presupune, în cazul propunerii tehnice depusă de Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, demolarea acostamentului existent și reconstrucția unui nou sistem rutier similar celui existent pe calea de rulare."

În concluzie, autoritatea contractantă susține că propunerea tehnică depusă de operatorul economic Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, prin liderul SC ..... SA este neconformă, deoarece nu satisface în mod corespunzător cerințele beneficiarului, respectiv anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pc. 5 - structură rutieră „acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile”.

Prin urmare, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată.

Întrucât contestatorul a solicitat accesul la dosarul cauzei, prin adresa nr. ...../12.04....., Consiliul îi comunică acestuia termenul de acces la dosarul cauzei și implicit de depunere a concluziilor scrise. Contestatorul s-a prezentat în vederea studierii în data de 13.04.....

Prin adresa înregistrată la CNSC sub nr. 15143/16.04....., în urma studiului, contestatorul solicită prelungirea termenului de depunere a concluziilor scrise întrucât în urma studiului „a luat la cunoștință de o serie de acte procedurale esențiale în soluționarea prezentei cauze și față de care se impune a formula apărări”.

Prin adresa 15654/18.04....., contestatorul depune concluziile scrise, ca urmare a studierii dosarului achiziției, menționând că își menține în integralitate apărările din cuprinsul contestației și raportat la punctul de vedere al autorității contractante nr..... depus la CNSC, reiterează că oferta depusă a fost declarată în mod greșit neconformă.

Potrivit contestatorului, în mod nelegal autoritatea contractantă a respins ca neconformă oferta sa, cu încălcarea dispozițiilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Acesta reiterează că oferta tehnică a fost fundamentată ținând cont de cerințele documentației de atribuire, respectiv cerințele menționate în caietul de sarcini, fiind documentul care are relevanță și a căror cerințe trebuie respectate cu strictețe în primul rând.

Contestatorul susține că sunt absolut eronate și total nefundamentate, mențiunile autorității contractante, de la pag. 4 din cuprinsul punctului de vedere, potrivit căruia *„nu am precizat structura rutieră pe care o vom adopta pe acostamente (...)”*, și *„ofertantul contestator a avut în vedere la elaborarea propunerii tehnice soluția structurii rutiere pentru acostamente prezentată la capitolul 1.3. oportunitatea investiției, descrierea lucrărilor din cerințele beneficiarului care a stat la baza elaborării studiului de fezabilitate și nu soluția tehnică din cerințele speciale obligatorii - anexa nr. 6 lucrări de drum și*

intersecții pc. 5 - structura rutieră, conform căreia «Acostamentele vor avea același sistem rutier cu cel de pe zona părții carosabile respectiv:

- *4 cm beton asfaltic MAS 16 (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri);*
- *6 cm beton asfaltic deschis cu criblura BAD 20;*
- *8 cm anrobat bituminos AB 31,5;*
- *23 cm balast stabilizat;*
- *40 cm balast;*
- *20 cm Strat de forma din balast»*

Conform definiției, această soluție tehnică adoptată pentru structura rutieră a acostamentelor este obligatorie, iar contestatorul modifică structura rutieră a acostamentelor ca dimensiune a structurii rutiere, cât și comp.....nța structurii rutiere ca material".

Contestatorul susține că în mod greșit cu scopul de a induce în eroare CNSC și a-și justifica soluția, respectiv rezultatul procedurii, autoritatea contractantă invocă faptul că ar fi modificat structură și comp.....nța.

Contestatorul reiterează faptul că propunerea tehnică depusă de el respectă întru-totul cerințele impuse de autoritatea contractantă în efectuarea *„.....*" motiv pentru care este evident că urmare a unei evaluări subiective și superficiale autoritatea contractantă a declarat oferta depusă ca fiind neconformă.

Afirmația autorității contractante de la pag. 6 din cuprinsul punctului de vedere cum că „Ori în condițiile propunerii tehnice depusă de Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, ar fi necesară demolarea acostamentului existent și reconstrucția unui sistem rutier similar celui existent pe cale de rulare" este total nefondată, fiind simple afirmații, fără a fi susținute în vreun fel cu documente justificative, concrete, schițe/planuri din care să rezulte în mod clar că folosind oferta tehnică propusă de contestator nu s-ar putea realiza proiectul sau ar cauza prejudicii și de ce natură.

Tot la pag. 6 în cuprinsul punctului de vedere arată autoritatea contractantă faptul că asocierea contestatoare este singurul dintre cei 6 ofertanți din cadrul procedurii de achiziție publică care nu a respectat cerința specială obligatorie cu privire la structură rutieră pentru acostamente menționată în anexa nr. 6 lucrări de drum și intersecții pct. 5, pe cale de consecință, comisia de evaluare a considerat că propunerea tehnică a ofertantului contestator nu a satisfăcut în mod corespunzător cerințele cantitative minime, obligatorii solicitate prin caietul de sarcini.

Referitor la cele reținute mai sus de autoritatea contractantă, contestatorul susține că în situația în care din cei 6 ofertanți doar oferta depusă de el a fost cea care a respectat cerințele caietului de sarcini în integralitate mai puțin cerința din anexa nr. 6, rezultă că oferta depusă ar fi trebuit în mod corect să fie declarată conformă, iar restul ofertelor neconforme, întrucât acestea și-au fundamentat oferta cu ignorarea

cerințelor imperative menționate în documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini.

Contestatorul consideră că în situația în care s-ar admite ipoteza menționată de autoritatea contractantă, respectiv aceea de a da o importanță mai mare anexei și nu caietului de sarcini, ar însemna să fie eludate dispozițiile legale și regulile specifice domeniului privind achizițiilor publice doar cu scopul de a menține un ..... care a fost dat cu încălcarea dispozițiilor legale, printr-o evaluare superficială și de natură să acopere lacunele documentației de atribuire care se datorează doar neatenției autorității contractante, neatenție ce nu se poate „transfera" contestatorului prin declararea că neconformă a ofertei depuse.

Acesta mai susține și faptul că autoritatea contractantă nu a motivat și nu a arătat dacă se poate sau nu realiza proiectul de către el cu propunerea tehnică și care ar fi neconcordanțele în mod concret.

Totodată acesta consideră că din oferta depusă, documentele aflate la dosarul achiziției publice, reiese faptul că și-a îndeplinit întru-totul condițiile minime menționate în caietul de sarcini. Însăși autoritatea contractantă recunoaște existența prevederii din caietul de sarcini pe care contestatorul a respectat-o, însă alege sa dea eficiență juridică unei anexe la caietul de sarcini.

Contestatorul menți.....ază că, contrar susținerilor autorității contractante, din analiza proceselor verbale de evaluare reiese că nu este singurul ofertant care a înțeles să își întocmească oferta în conformitate cu prevederile caietului de sarcini, astfel că prin procesului verbal de evaluare nr. 5/20.02..... prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. SB/L/0/062/05.02..... ofertantul SC .....SA – SC .....SRL a precizat că îndreaptă eroarea materială din ofertă, având în vedere că aceasta se „datorează reproducerii structurii rutiere din cadrul studiului de fezabilitate".

Motiv pentru care, rezultatul comunicat de autoritatea contractantă în ceea ce privește oferta depusă este nelegal, fiind dat cu încălcarea dispozițiilor legale, respectiv art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Referitor la mențiunile autorității contractante de la pag. 7 din cuprinsul punctului de vedere, respectiv *„(...) comisia de evaluare nu poate accepta o ofertă inferioara cerințelor minime prevăzute prin documentația de atribuire (...), ar presupune o încălcare a prevederilor legale în materia achizițiilor publice - art. 137 din HG nr. 395/2016, o favorizare a asocierii în raport cu ceilalți participanți la procedura de licitație (...)*" sunt eronate, întrucât contestatorul susține că a respectat

condițiile menționate în caietul de sarcini, iar ceilalți participanți au respectat doar condițiile menționate în anexă la caietul de sarcini, prin urmare este evident că ar fi fost favorizați ceilalți participanți, și nu el cum încearcă să inducă în eroare autoritatea contractantă.

Acesta mai susține și faptul că cerințele minime obligatorii au fost respectate în ofertă și proiectul tehnic depus este unul real, corect, conform fiind fundamentat, în concordanță cu dispozițiile legale.

Referitor la eroarea de 2% despre care face mențiune autoritatea contractantă, aceasta reprezintă o simplă afirmație, întrucât nu rezultă cum s-a calculat acest procent.

Contestatorul mai susține că modificarea stratului de uzură este în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16 (m), în mod greșit, nefondat, abuziv, superficial, cu încălcarea prevederilor art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 oferta depusă de el a fost declarată neconformă, precizând totodată că și restul ofertanților întocmindu-și ofertele în concordanță cu prevederile normativului ....., după cum rezultă din procesele verbale de evaluare.

Contestatorul subliniază faptul că propunerea tehnică a fost fundamentată având în vedere condițiile menționate în caietul de sarcini, inclusiv cele cu privire la studiul de fezabilitate, prin urmare autoritatea contractantă trebuia să considere oferta depusă ca fiind conformă, respectând în integralitate și condițiile SF-ului pe baza căruia s-au stabilit indicatorii tehnico-economici ce dimensi.....ază investiția, respectiv valoarea în care ofertanții trebuie să se încadreze.

Aceste aspecte au fost ignorate, autoritatea contractantă rezumându-se în mod greșit doar la anexa nr. 6, fără însă a avea în vedere faptul că a respectat toate condițiile din documentația de atribuire, inclusiv cele menționate în caietul de sarcini.

Prin comunicarea răspunsului nr. ...../14.03..... la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă se rezumă să menți.....ze doar faptul că-și menține punctul de vedere exprimat prin adresa nr. 12B/2547/28.02....., fără însă a argumenta care sunt motivele pentru care s-a înlăturat oferta tehnică, încălcând principiile elementare de drept, dreptul la o apărare corectă, echitabilă astfel cum prevăd dispozițiile constituției României, art. 6 CEDO și de asemenea, art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatorul mai consideră că decizia autorității contractante este nelegală și prin raportare la cerințele menționate de aceasta în documentația de atribuire, cerințe de natură să permită ofertantului să-și fundamenteze oferta ținând cont chiar de condițiile menționate în caietul de sarcini.

La întocmirea ofertei s-a procedat la studierea în detaliu a documentației tehnice pusă la dispoziția ofertanților, luând în considerare definiția dată de către autoritatea contractantă acestei documentații.

Conform punctului 1.2.2 al cerințelor beneficiarului din cadrul capitolului 1.2 Definiții: *„Documentația tehnică faza SF - Studiul de*

fezabilitate în baza căruia s-a realizat promovarea investiției la nivelul anului 2007, și reprezintă documentația tehnică la un nivel de exigență cantitativă și calitativă minimă acceptată de către beneficiar și impusă de către acesta pentru elaborarea proiectului tehnic de execuție".

În cadrul documentației tehnice definite mai sus, în cadrul volumului *„Vol 2.1.A - tronson 1 lucrări de drum"* se regăsesc profilele transversale tip ale proiectului, care evidențiază structura rutieră a acostamentelor avută în vedere la elaborarea studiului de fezabilitate și implicit, structură pe baza căreia s-au stabilit indicatorii tehnico - economici ai investiției, indicatori pe care se bazează și valoarea lucrărilor propuse spre execuție.

Astfel, profilele transversale tip 1, 2 și 3 ale documentației tehnice faza SF evidențiază structura rutieră a acostamentelor ca fiind:

- 4 cm beton asfaltic MASF 16m (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)
- 12 cm piatră spartă amestec optimal
- 28 cm balast

Aceste profile sunt identificate în documentație prin următoarele coduri desen:

- 7157-DRU-SF+LC-TT-01 - profil transversal tip nr. X
- 715 7- DR U -S F+ LC-TT-02 - profil transversal tip nr. 2
- 7157-DRU-SF+LC-TT-03 - Profil transversal tip nr. 3

Dat fiind faptul că tronsonul 1 al drumului expres Craiova - Pitești, este continuat de încă 3 tronsoane, trebuie extrapolată analiza pe întregul drum supus procedurilor de achiziție. Analizând astfel cerințele beneficiarului pentru tronsoanele 2, 3 și 4 ale drumului expres se constată că în cazul tronsonului 2 (ambele loturi) și tronsonul 4 este solicitată realizarea acostamentelor în soluție impermeabilizată având în comp.....nță straturile reiterate mai sus, cerința din anexa 6 corelându-se cu cea exprimată la punctul 1.3.3.4 structură rutieră, respectiv *„Zona mediană și acostamentele se vor impermeabiliza"*.

Prin urmare, contestatorul s-a folosit în oferta sa de următorul raționament:

Documentația tehnică faza SF pe baza căreia s-au stabilit indicatorii tehnico - economici reprezintă un nivel de exigență cantitativă și calitativă minima acceptată, aceasta prevăzând realizarea acostamentelor în soluția ofertată.

Capitolul 1.3.3.4 al cerințelor beneficiarului, pentru toate cele 4 tronsoane supuse procedurii de atribuire, prevede aceeași structură rutieră a acostamentelor, prin aplicarea acesteia asigurându-se un

sistem unitar de execuție a lucrărilor, această soluție reprezentând soluția ofertată.

Anexa 6 la cerințele beneficiarului, pentru tronsoanele 1, 3 solicita execuția acostamentelor într-o variantă modificată față de documentația faza SF (dar totuși minimă acceptată), în timp ce pentru tronsonul 2 (ambele loturi) și tronsonul 4 menține soluția din aceiași documentație, ceea ce conduce la neuniformizarea execuției întregului drum.

Fata de cele de mai sus, este dovedit faptul că autoritatea a decis respingerea ofertei depuse pentru motive străine de cerințele caietului de sarcini, invocând aspecte care nu sunt cuprinse în acesta, întrucât anexa 6 cuprinde execuția acostamentelor într-o variantă modificată față de documentația faza SF, aspect ce nu poate fi acceptat cu atât mai mult cu cât oferta depusă de respecta inclusiv SF-ul.

Dat fiind faptul că modul de aducere la îndeplinire a cerințelor trebuie să fie indicat de autoritate, în lipsa unor asemenea mențiuni exprese în documentația de atribuire, autoritatea nu poate aplica ulterior criterii suplimentare de evaluare și stabilire a conformității ofertelor, o asemenea conduită fiind nelegală. La evaluarea ofertelor autoritatea contractantă trebuia să aibă în vedere în primul rând condițiile menționate în caietul de sarcini care sunt în deplină concordanță cu SF-ul.

Contestatorul reiterează că nu se încadrează în situația menționată de autoritatea contractantă, în mod greșit fiind aplicate dispozițiile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, având în vedere că:

- Oferta depusă este în concordanță cu cerințele menționate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini și cu studiul de fezabilitate, astfel că autoritatea contractantă putea solicita și trebuia ca prin solicitarea de clarificări din data de 25.01..... să lămurească aspectul obligativității cerințelor din anexa nr. 6;
- Contestatorul consideră că a respectat întocmai cerințele din documentația de atribuire, oferta tehnică respectând legislația în vigoare și fiind în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS 16(m);
- Prin documentele depuse și inclusiv prin răspunsul nr. 288/ 05.02....., contestatorul consideră că a atins scopul pentru care s-a stabilit aceasta cerință, respectiv autorității contractante i s-a făcut dovada elaborării structurii rutiere, în speța fiind respectate atât condițiile impuse de autoritatea contractantă cât și legislația în vigoare.

Prin urmare contestatorul consideră că nu este incident niciun motiv prevăzut de legiuitor la art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 care să justifice măsura de respingere a ofertei ca neconformă.

Având în vedere cerințele menționate de autoritatea contractantă în caietul de sarcini și anexa nr. 6, aspect ce a „permis” ofertanților să-și fundamenteze oferta tehnică ținând cont de cerințele caietului de sarcini

întrucât acestea sunt în deplină concordanta cu SF-ul, raportat la dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă avea obligația de a-i transmite o solicitare de clarificări după data de 05.02..... că urmare a menționării modalității de fundamentare a ofertei tehnice.

Contestatorul invocă din nou cele precizate în contestație, conform principiului *„tot ceea ce nu este interzis, este permis”* și, ca urmare, consideră că nu are nicio relevanță faptul că structură rutieră menționată în ofertă prezintă o modificare a stratului de uzură, cât pe de o parte această modificare este în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16(m), iar pe de altă parte, legea permite și chiar obligă autoritatea de a accepta orice explicație în susținerea ofertei sale cu atât mai mult cu cât prin oferta depusă a făcut dovada îndeplinirii criteriilor privind oferta tehnică.

Totodată, contestatorul consideră că nu poate fi sancționat că a inclus în cadrul ofertei tehnice cerințele de la pct. 1.3.3.4. structura rutieră din caietul de sarcini, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a interzis prezentarea unei astfel de modalități de structură rutieră.

Prin urmare, contestatorul consideră că în virtutea aplicării principiului asumării răspunderii, principiu ce stă la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, enunțat la art. 2 alin. (2) lit. f) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă trebuie să ia act de faptul că răspunsurile sale la solicitările de clarificări sunt concludente și să stabilească oferta depusă de el ca fiind drept admisibilă.

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

..... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de achiziție publică, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică, având că obiect: „.....”, cod CPV .....prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ...../08.07....., elaborând, în acest sens, documentația de atribuire aferentă. Conform anunțului de participare, criteriul de atribuire stabilit este „cel mai bun raport calitate preț”, iar valoarea estimată a contractului este ..... lei.

Anterior, în cadrul aceleiași proceduri au fost formulate următoarele contestații:

- contestația nr. 1942/31.07.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 31435/31.07.2017, formulată de ..... SRL, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..... SA, constituind obiectul dosarului nr. 2676/2017. Prin

Decizia nr. ...../.....1/....., Consiliul a „admis, în parte, contestația formulată de SC ..... SRL în contradictoriu cu ..... SA și obligat autoritatea contractantă să elimine din documentația de atribuire, în termen de 10 zile, cu respectarea considerentelor expuse în motivare, cerința vizând prezentarea, în cadrul acordurilor de subcontractare, a valorii părții/ părților subcontractate. Modificările vor fi aduse la cunoștința operatorilor economici, în cadrul aceluiași termen, prin publicarea lor în SEAP. În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, a respins ca nefondate solicitările referitoare la modificarea cerințelor prevăzute în fișa de date a achiziției la cap. IV.4. 3, Modul de prezentare a ofertei, art. 10 - Semnarea contractului, și cap. III.2.3.a) Capacitatea tehnică și/sau profesională, cerința 1 capacitate tehnică – partea a II-a”.

- contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 41663/04.10.2017, formulată de STRABAG SRL, împotriva documentației de atribuire, emisă de către ..... SA, constituind obiectul dosarului nr. 3570/2017. Prin Decizia nr. 2664/.....1/3570 din data de 12.10.2017, Consiliul a „respins, ca inadmisibilă, contestația formulată de STRABAG SRL în contradictoriu cu ..... SA”.

Consiliul va reține că societatea contestatoare critică motivul pentru care a fost respinsă drept neconformă oferta sa depusă în cadrul procedurii de atribuire în vederea încheierii contractului de achiziție publică având ca obiect *„.....”*.

Având a verifica temeinicia motivului care a stat la baza deciziei de respingere ca neconformă a ofertei depuse de către Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA, Consiliul constată următoarele:

În cadrul fișei de date la cap. IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice, autoritatea contractantă a menționat faptul că *„Ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta Propunerea Tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevăzute în Caietele de Sarcini din cadrul Documentației de Atribuire*”.

În cadrul înscrisului intitulat Cerințele Beneficiarului nr. ..... trimis de către autoritatea contractantă la dosarul cauzei prin adresa nr. 32184/08..... înregistrată la CNSC sub nr. ....., înscris elaborat în iulie 2017 astfel cum rezultă de pe prima pagină a acestuia, care reprezintă necesitatea autorității contractante, fiind adus la cunoștința operatorilor economici interesați prin publicarea acestuia în SEAP, în anexa anunțului de participare, sub denumirea „CS Tronson 1” codul „[CN176940/028] CS Tronson 1.pdf.p7s” în data de 06.07.2017 orele 12:38, sunt precizate în mod expres următoarele aspecte:

- pct. 1.2.2. *„Documentație tehnică faza S.F. -* ***Studiul de fezabilitate*** *în baza căruia s-a realizat promovarea investiției la nivelul anului 2007, și reprezintă* ***Documentația tehnică la un nivel de exigență cantitativă și calitativă minimă***

acceptată de către Beneficiar și impusă de către acesta pentru elaborarea Proiectului Tehnic de Execuție" – pag. 6/198 din Cerințele Beneficiarului

- pct. 1.3.3.4. „în conformitate cu caietul de sarcini ce a stat la baza elaborării proiectului, structura rutieră s-a dimensionat la osia de 11,5 t....., traficul de calcul fiind prognozat pentru o perioada de 15 ani. La dimensionare s-a ținut cont de normele tehnice românești. Au fost studiate structuri rutiere de tip suplu, semirigid și rigid. Analizându-se cele trei tipuri de structuri a ..... că, din punct de vedere al costului pe întreaga durata de viață a structurii și a comportării în timp structura cea mai eficientă este structura rutieră semirigidă. Structura semirigidă adoptată este următoarea:
  - *4 cm beton asfaltic MASF 16m (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)*
  - *6 cm beton asfaltic deschis cu criblura BAD 25*
  - *6 cm anrobat bituminos AB 2*
  - *2 cm strat antifisură din mortar asfaltic*
  - *25 cm balast stabilizat*
  - *40 cm balast*
  - *20 cm strat forma din balast*

  Acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură:
  - ***4 cm beton asfaltic MASF 16m (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)***
  - ***12 cm piatra sparta amestec optimal***
  - ***28 cm balast***

  Structura rutieră a fost dimensionată pentru un trafic de perspectiva 7.41 mos." – pag. 11/198 **din Cerințele Beneficiarului;**
- pct. 3.2.1 *„Cerințele obligatorii vizează elementele esențiale ale Lucrărilor pe care proiectarea Antreprenorului trebuie să le respecte.* ***Toate Cerințele Beneficiarului sunt obligatorii, cu excepția cazului în care se specifică altfel***" - pag. 70/198 **din Cerințele Beneficiarului;**
- pct. 3.2.2. *„**Cerințele obligatorii prezentate în <u>Studiul de Fezabilitate</u>** includ, cu excepția cazurilor menționate separat în Cerințele Beneficiarului:*
  - *Limitele șantierului*

- *Cerințele prevăzute în alte Avize;*
- *Cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în Anexa 5*
- *Cerințele de drum așa cum sunt menționate în Anexa 6*
- *Indicatorii tehnico-economici*" - pag. 70/198 **din Cerințele Beneficiarului**

- Anexa nr. 6 – Lucrări de drum și intersecții – pct. 5 „*Structura rutieră - Dimensionarea structurilor rutiere (drum expres, noduri, relocări de dramuri existente) va fi refăcută ținându-se cont de volumul de trafic pus la dispoziție de către Beneficiar și de* ***modificările survenite în reglementările din domeniul rutier între data elaborării Studiului de Fezabilitate și până în prezent****. În acest sens* ***mixturile asfaltice*** *ce intră în comp……nța structurii rutiere trebuie să îndeplinească cerințele normativului ……. Zona mediană se poate realiza în soluție cu impermeabilizare conform cerințelor beneficiarului (păstrare elemente geometrice și amplasament parapeți).* ***Acostamentele vor avea același sistem rutier ca cel de pe zona părții carosabile***" - pag. 149/198-150/198 **din Cerințele Beneficiarului.**

Față de aceste cerințe rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă dorește ca ofertanții în elaborarea ofertelor să respecte **toate cerințele beneficiarului expres detaliate în cadrul înscrisului Cerințele Beneficiarului care conține 198 pagini.**

Potrivit prevederilor art. 20 alin. (10) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 155 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, caietul de sarcini conține, în mod **obligatoriu, specificații tehnice care reprezintă cerințe, prescripții, caracteristici de natură tehnică ce permit fiecărui** produs, serviciu sau **lucrare să fie descris, în mod obiectiv**, astfel încât să **corespundă necesității** autorității contractante și să permită tuturor operatorilor economici **accesul egal** la procedura de atribuire și **nu trebuie să aibă ca efect introducerea unor obstacole nejustificate** față de asigurarea unei concurențe efective între operatorii economici.

Necesitatea sau oportunitatea achiziționării unei lucrări având anumite caracteristici tehnice, sunt stabilite de fiecare autoritate contractantă în parte, în funcție de necesitățile obiective și prioritățile comunicate de compartimentele din cadrul autorității contractante, relevante în acest caz fiind dispozițiile art. 3 din HG nr. 395/2016.

De asemenea obligația autorității contractante constă și în elaborarea unei documentații de atribuire (care cuprinde atât fișa de date a achiziției cât și caietul de sarcini) conform prevederilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016, care să conțină cerințe, criterii, reguli și alte informații necesare pentru a **asigura ofertantului/candidatului o informare completă, corectă și explicită cu privire la modul de aplicare a procedurii de atribuire.**

În raport cu prevederile legale antemenționate, rezultă fără putință de tăgadă faptul că autoritatea contractantă nu dorește achiziționarea oricărui serviciu de proiectare și a oricărei lucrări, deoarece necesitatea ei constă în achiziționarea unora care să aibă anumite specificații tehnice.

Riscul, ca în cadrul procedurii să participe și chiar să câștige procedura un operator economic care nu poate executa în bune condiții contractul, datorită faptului că în cadrul caietului de sarcini nu au fost impuse participanților anumite cerințe tehnice, aparține autorității contractante.

Pentru demonstrarea îndeplinirii acestor cerințe ale autorității contractante, contestatorul a ales să depună ofertă tehnică.

Analizând oferta tehnică a contestatorului astfel cum a fost depusă de ofertant și ținând cont de faptul că potrivit prevederilor art. 3 lit. hh) din Legea nr. 98/2016 care definesc noțiunea de ofertă ca fiind „actul juridic prin care operatorul economic își manifestă voința de a se angaja din punct de vedere juridic într-un contract de achiziție publică" autoritatea contractantă a constatat în cadrul procesului verbal nr. 3 înregistrat la autoritatea contractantă sub nr. 12B/838/23.01..... printre altele că ofertantul Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA „nu a precizat structura rutieră pe care o adoptă pe acostamente" motiv pentru care a hotărât solicitarea de clarificări „având în vedere solicitarea autorității contractante din documentația de atribuire, Cerințele Beneficiarului – anexa 6 – Lucrări de drum și intersecții pc5 – Structura rutieră «Acostamentele vor avea același sistem rutier ca cel de pe zona părții carosabile»" (a se vedea pag. 13-14 din procesul verbal nr. 3, respectiv pag. 113-114 din dosarul trimis Consiliului de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 23574/05.04..... înregistrată la CNSC sub nr.....) sens în care trimite contestatorului solicitarea de clarificări nr. /..... (a se vedea pag. 132-133 din dosarul trimis Consiliului de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 23574/05.04..... înregistrată la CNSC sub nr. .....).

Prin adresa nr. 288/05.02....., contestatorul răspunde solicitării de clarificări ale autorității contractante astfel „Structura rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei sale este cea din documentația de atribuire, Cerințele beneficiarului, pct. 1.3.3.4 Structură rutieră, unde se face precizarea: „Acostamentele vor fi impermeabilizate și au următoarea structură:

- *4 cm beton asfaltic MASF16 m;*

- *12 cm piatră spartă amestec optimal;*
- *28 cm balast.*

Astfel, structura rutieră avută în vedere la elaborarea ofertei este cea redată mai sus cu modificarea stratului de uzură în concordanță cu prevederile normativului ....., respectiv 4 cm MAS16(m)".

Analizând oferta tehnică, răspunsul la solicitările de clarificări și necesitatea autorității contractante expres detaliată în cadrul caietului de sarcini – înscris denumit de către autoritatea contractantă *„Cerințele Beneficiarului*", Consiliul reține faptul că într-adevăr în cadrul propunerii tehnice depusă de către contestator, la pagina 476 din cadrul ofertei contestatorului, acesta a ofertat la pct. 4 *„Structura rutieră – structura semirigidă care se va adopta pe drum expres este următoarea:*

- *4 cm beton asfaltic MAS 16*
- *6 cm beton asfaltic deschis cu criblură BAD20*
- *8 cm anrobat bituminos AB31.5*
- *25 cm balast stabilizat*
- *40 cm balast*
- *20 cm strat forma din balast (...)*

Lucrările de scurgere a apelor vor consta în principal din următoarele:

- *Șanțuri pereate*
- *Rigole pereate și drenuri longitudinale în z.....le de debleu*
- *Rigole de acostament și casiuni de descărcare până la șanțul de la piciorul taluzului pentru a împiedica scurgerea directă a apelor pluviale pe taluz*" și nu a menționat structura acostamentului.

Analizând răspunsul la solicitarea de clarificări, autoritatea contractantă a întocmit procesul verbal nr. 5 înregistrat sub nr. 12B/2209/ 20.02..... în cadrul căruia constată că „Ofertantul a avut în vedere la elaborarea propunerii tehnice soluția tehnică a structurii rutiere pentru acostamente prezentată la cap. 1.3 Oportunitatea investiției. Descrierea lucrărilor din cerințele beneficiarului care a stat la baza elaborării studiului de fezabilitate și nu soluția tehnică din cerințele speciale obligatorii din anexa nr. 6 Lucrări de drum și intersecții pct. 5 - structură rutieră conform căreia «Acostamentele vor avea același sistem rutier că cel de pe zona părții carosabile», respectiv

- *4 cm beton asfaltic MAS 16 (mixtură asfaltică stabilizată cu fibre celulozice și bitum modificat cu polimeri)*
- *6 cm beton asfaltic deschis cu criblura BAD 20*
- *8 cm anrobat bituminos AB 31,5*
- *25 cm balast stabilizat*
- *40 cm balast*
- *20 cm strat de forma din balast.*

Conform definiției, această soluție tehnică adoptată pentru structură rutieră a acostamentelor este obligatorie. Astfel, ofertantul modifică structură rutieră a acostamentelor că dimensiune a structurilor rutiere ca material.

Având în vedere cele menționat, comisia de evaluare consideră că răspunsul ofertantului nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, respectiv cerințele obligatorii solicitate prin caietul de sarcini".

Analizând înscrisurile depuse la dosar în raport cu specificațiile tehnice din cadrul caietului de sarcini intitulat „*Cerințele beneficiarului*" stabilite în mod expres de către autoritatea contractantă, Consiliul reține faptul că modalitatea în care autoritatea contractantă a ales să verifice îndeplinirea cerințelor cu privire la structura acostamentului este excesivă având în vedere următoarele aspecte:

- conținutul documentației de atribuire, așa cum aceasta este întocmită de autoritatea contractantă, este obligatoriu atât pentru operatorii economici participanți la procedură care au obligația de a-și elabora ofertele în conformitate cu prevederile acesteia (art. 123 din HG nr. 395/2016), cât și pentru autoritatea contractantă, aceasta fiind obligată ca în desfășurarea procedurii de achiziție publică să respecte atât dispozițiile legale aplicabile în acest domeniu, cât și prevederile propriei documentații de atribuire care stabilește regulile ce trebuie respectate de ambele părți în derularea procesului competitiv;

- în această etapă a procedurii de evaluare a propunerilor tehnice, autoritatea contractantă nu poate adăuga specificații tehnice noi care nu au fost aduse la cunoștința operatorilor economici interesați, anterior elaborării și depunerii ofertelor;

- autoritatea contractantă în etapa de evaluare nu ține cont de propriile sale cerințe obligatorii expres menționate în cadrul documentului Cerințele Beneficiarului, astfel **structura acostamentului** care se regăsește într-adevăr în Studiul de fezabilitate înscris elaborat în anul 2007, este expres menționată și detaliată în cadrul înscrisului **Cerințele Beneficiarului, înscris elaborat în luna iulie 2017 pag. 11/198.**

- prin elaborarea unor cerințe obligatorii în cadrul caietului de sarcini, înscris denumit de către autoritatea contractantă „Cerințele Beneficiarului" în care detaliază în mod expres structura acostamentului și prin menționarea în cadrul unei anexe, respectiv anexa 6 la Cerințele Beneficiarului a faptului că „acostamentele vor avea același sistem rutier ca cel de pe zona carosabilă", cerință care este în contradicție cu cerința din cadrul însăși înscrisul „Cerințele Beneficiarului", autoritatea contractantă și-a asumat astfel riscurile ca operatorii economici să depună orice ofertă pentru această categorie de lucrări de acostamente iar potrivit principiului „in dubio pro reo", orice îndoială care s-ar putea

invoca în privința modului de interpretare a cerinței tehnice profită celui care se obligă, respectiv contestatorului și nu autorității contractante pentru eventuala neclaritate a formulării cerinței tehnice. Această argumentare se regăsește în cadrul deciziei nr. 2351/CA/2015 pronunțată de Curtea de Apel Oradea, Decizia CNSC nr. 1220 /...../1218 din data de 30.07.2015 definitivă prin neatacarea cu plângere.

Consiliul nu poate reține susținerile autorității contractante cu privire la invocarea prevederilor pct. 3.2.2. ***Cerințele obligatorii prezentate în <u>Studiul de Fezabilitate</u>*** *includ, cu excepția cazurilor menționate separat în Cerințele Beneficiarului:*

- *Limitele șantierului*
- *Cerințele prevăzute în alte Avize;*
- *Cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în Anexa 5*
- *Cerințele de drum așa cum sunt menționate în Anexa 6*
- *Indicatorii tehnico-economici*" - pag. 70/198 **din Cerințele Beneficiarului** având în vedere următoarele aspecte:

- Autoritatea contractantă în cadrul acestei cerințe 3.2.2 a stabilit și o excepție respectiv cea a prevederilor „*menționate separat în Cerințele Beneficiarului*" în speță, structura acostamentelor este expres menționată în mod separat în cadrul Cerințelor Beneficiarului la pag. 11/198 și nu doar în cadrul Studiului de fezabilitate ale cărui cerințe obligatorii autoritatea contractantă le-a detaliat în mod expres ca fiind incluse, respectiv limitele șantierului, cerințele prevăzute în alte Avize, cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în Anexa 5, cerințele de drum așa cum sunt menționate în Anexa 6 și indicatorii tehnico-economici;
- Mai mult, autoritatea contractantă în verificarea răspunsului ignoră cu desăvârșire propria cerință, respectiv 3.2.1 teza finală în cadrul căruia a impus în mod clar și imperativ că „***Toate Cerințele Beneficiarului sunt obligatorii, cu excepția cazului în care se specifică altfel***", structura acostamentului fiind expres menționată în cadrul Cerințelor beneficiarului – pag. 11/198.

În aceste condiții modalitatea părtinitoare de a evalua răspunsul la solicitările de clarificări ținând cont doar de anumite cerințe expres detaliate în cadrul unei anexe la Cerințele Beneficiarului și fără a lua în considerare Cerințele Beneficiarului expres menționate, este una abuzivă și nelegală, deoarece în cadrul fișei de date a achiziției aceasta a menționat că ofertantul are obligația de a elabora și a prezenta propunerea tehnică astfel încât să corespundă cerințelor minime prevăzute în Caietele de Sarcini, înscris intitulat de către autoritatea contractantă „*Cerințele Beneficiarului*".

În situația în care ulterior verificării răspunsului la solicitările de clarificări, autoritatea contractantă mai avea nelămuriri, avea posibilitatea de a solicita noi clarificări, conform art. 134 din HG nr.

395/2016 coroborat cu art. 209 din Legea nr. 98/2016, clare, explicite și suficient de detaliate.

Având în vedere aceste aspecte Consiliul constată faptul că autoritatea contractantă a evaluat această cerință în baza unui formalism exagerat, autoritatea contractantă încercând în acest moment să excludă anumite cerințe tehnice expres menționate în cadrul Cerințelor Beneficiarului și care toate sunt obligatorii (așa cum însăși autoritatea contractantă a stabilit în cadrul caietului de sarcini) încălcând astfel principiul transparenței și tratamentului egal.

Autoritatea contractantă nu poate imputa ofertantului și implicit nu îl poate sancționa cu excluderea pentru simplul fapt că în elaborarea ofertei a ținut cont de cerințele 1.3.3.4 Descrierea Lucrărilor din cadrul Cerințelor Beneficiarului, cerințe care sunt copiate *„ad litteram*" în anul 2017 de către ..... din cadrul studiului de fezabilitate elaborat în anul 2007 și nici faptul că a menționat că toate cerințele beneficiarului sunt obligatorii - a se vedea pct. 3.2.1; nici nu poate da o altă interpretare prevederilor pct. 3.2.2 în cadrul căruia autoritatea contractantă stabilește care sunt cerințele obligatorii din cadrul studiului respectiv limitele șantierului, cerințele prevăzute în alte Avize, cerințele structurilor așa cum sunt prevăzute în Anexa 5, cerințele de drum așa cum sunt menționate în Anexa 6 și indicatorii tehnico-economici, excepția de la această regulă fiind clară și anume cazurile menționate separat în Cerințele Beneficiarului, așa cum a fost situația structurii acostamentului.

Ambiguitatea și contradictorialitatea acestei cerințe cu privire la structura acostamentului din cadrul Cerințelor Beneficiarului cu cea a cerinței din cadrul anexei 6 la Cerințele Beneficiarului se datorează în mod exclusiv autorității contractante și nu poate fi imputată contestatorului, în condițiile în care prevederile art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016 stabilesc în sarcina autorității contractante obligația de a informa complet, corect și explicit orice cerință, criteriu, regulă din cadrul documentația de atribuire.

Consiliul în soluționare nu va reține nici susținerile autorității contractante cu privire la *„după o evaluare amănunțită a prețurilor pe cantități ce compun valoarea estimată, comisia de evaluare a constatat că diferența cuantificată pe cantități este mai mare de 2% din valoarea estimată"* astfel nu se poate încadra în abatere minoră având în vedere următoarele considerente:

- abaterea tehnică minoră se cuantifică prin raportare la prețul total al ofertei conform art. 134 alin. (9) din HG nr. 395/2016 și nu la valoarea estimată;

- în cadrul dosarului achiziției depus la CNSC de către autoritatea contractantă nu se regăsește niciun înscris în care comisia de evaluare să fi constatat că ofertantul contestator prin răspunsul la o solicitare de clarificări și-ar fi modificat oferta și astfel să fie nevoită să solicite noi clarificări pentru a face aplicarea prevederilor art. 134 alin. (7)-(9) din HG nr. 395/2016 în sensul de a solicita ofertantului să cuantifice modificarea adusă ofertei sale astfel încât că verifice ulterior dacă constituie sau nu abatere tehnică minoră, având în vedere că etapa de evaluare a propunerii tehnice este anterioară etapei de evaluare a propunerii financiare, etapă în care se cunoaște prețul ofertat.
- autoritatea contractantă încalcă prevederile art. 249 c.p.c *„cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege*". Astfel, autoritatea contractantă avea obligația de a-și dovedi pretențiile, susținerile, prin producerea unor mijloace de probă legale, verosimile, pertinente și concludente, potrivit principiului de drept *„probatio incumbit ei qui digit, non ei qui negat*".

În dovedirea ambiguității cerințelor din cadrul Cerințelor Beneficiarului și ale anexei nr. 6 a acestora sunt și constatările comisiei de evaluare din cadrul procesului verbal nr. 5 potrivit cărora alți doi ofertanți, respectiv ..... și asocierea .....SA – SC ..... SRL ar fi propus în cadrul ofertelor tehnice sistem rutier diferit în zona acostamentului față de partea carosabilă (pag. 2 și 50 din procesul verbal nr. 5, respectiv pag. 170 și 218 din dosarul trimis Consiliului de către autoritatea contractantă prin adresa nr. 23574/ 05.04..... înregistrată la CNSC sub nr. .....).

Modul părtinitor de evaluare a propunerii tehnice și a răspunsului la clarificări ale contestatorului rezultă și din faptul că autoritatea contractantă în procesul verbal nr. 5 acceptă fără aplicarea aceluiași formalism excesiv „eroarea materială" invocată de asocierea .....SA – SC .....România SRL în justificarea faptului că în cadrul propunerii tehnice a menționat structura rutieră din cadrul Studiului de Fezabilitate (pag. 51 din procesul verbal nr. 5, respectiv pag. 219 din dosarul trimis Consiliului de către autoritatea contractantă prin adresa nr.....04..... înregistrată la CNSC sub nr. 13861/05.04.....).

În cadrul Hotărârii pronunțată în cauza C-213/2017, CJUE s-a pronunțat astfel, în considerentul nr. 45:

„Principiile menționate, care au drept semnificație în special faptul că ofertanții trebuie să se afle pe o poziție de egalitate atât în momentul în care își pregătesc ofertele, cât și în momentul în care acestea sunt evaluate de către autoritatea contractantă (a se vedea în acest sens

Hotărârea din 18 octombrie 2001, SIAC Construction, C- 19/00, Rec., p. I- 7725, punctul 34, și Hotărârea din 4 decembrie 2003, EVN și Wienstrom, C- 448/01, Rec., p. I- 14527, punctul 47), constituie într- adevăr, temeiul directivelor privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice (a se vedea, printre altele, Hotărârea Universale- Bau și alții, citată anterior, punctul 91, și Hotărârea din 19 iunie 2003, GAT, C- 315/01, Rec., p. I- 6351, punctul 73), iar obligația autorităților contractante de a asigura respectarea acestora corespunde chiar esenței acestor directive (a se vedea în acest sens Hotărârea din 17 septembrie 2002, Concordia Bus Finland, C- 513/99, Rec., p. I- 7213,

punctul 81, și Hotărârea din 3 martie 2005, Fabricom, C- 21/03 și

C- 34/03, Rec., p. I- 1559, punctul 26)".

Față de aceste aspecte, critica contestatorului cu privire la respingerea ca neconformă a ofertei sale este întemeiată urmând a fi admisă.

Pentru considerentele anterior expuse, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) și alin. (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de către Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA prin Liderul SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA, va anula procesul verbal nr. 5 și actele subsecvente și va obliga autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire, și a celor cuprinse în motivarea prezentei decizii.

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

DECIDE:

Admite contestația formulată de către Asocierea SC ..... SA – ..... SK, a.s - ..... SA prin Liderul SC ..... SA, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..... SA, anulează procesul verbal nr. 5 și actele subsecvente și obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 10 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta contestatorului cu respectarea dispozițiilor legale, a prevederilor documentației de atribuire, și a celor cuprinse în motivarea prezentei decizii.

Obligatorie.

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

Complet de soluționare a contestațiilor
în domeniul achizițiilor publice:

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

Redactat în 4 (patru) exemplare originale, conține 30 (treizeci) pagini.