CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) 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. 1207/21.06.2019, transmisă prin fax și poștă, în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 23199/21.06.2019/07.03.2019, respectiv sub nr. 23392/24.06.2019, asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, cu sediul în ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CIF RO ..., reprezentată legal prin administrator ... și convențional, prin SCA „...", din municipiul ..., unde solicită comunicarea actelor de procedură, a contestat adresa nr. 2040/18.06.2019 reprezentând comunicarea rezultatului procedurii de atribuire „simplificată", online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Înființare rețea de canalizare în sistem centralizat în Comuna ..., Județul Prahova, Satele: ... de Sus și ... de Jos", cod CPV 45232411-6 (Rev.2), inițiată de COMUNA ..., în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., str. ... și a solicitat următoarele:

„1. anularea adresei nr. 2040/18.06.2019 (...) emisă de autoritatea contractantă privind comunicarea rezultatului procedurii;

2. anularea raportului procedurii de atribuire, în partea ce privește admisibilitatea ofertei SC ... SRL și SC ... SRL (...);

3. anularea deciziei autorității contractante prin care oferta depusă de ... a fost declarată admisibilă și câștigătoare, a tuturor actelor entității care au stat la baza emiterii acestei decizii, precum și a tuturor actelor subsecvente acesteia;

4. obligarea autorității contractante la respingerea ofertei depusă de ... ca neconformă și inacceptabilă".

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

În partea introductivă a contestației, SC ... SRL a prezentat un scurt istoric al derulării prezentei proceduri de atribuire.

În susținerea contestației, SC ... SRL a criticat autoritatea contractantă, având în vedere modul în care a pus în aplicare decizia CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019. Astfel, autoritatea contractantă a solicitat clarificări ofertantului SC ... SA, iar în urma reevaluării a declarat oferta câștigătoare, prin nesocotirea considerentelor obligatorii ale deciziilor anterioare pronunțate de CNSC și cu încălcarea autorității de lucru judecat, în condițiile în care oferta trebuia respinsă ca neconformă/inacceptabilă.

Contestatoarea a învederat faptul că, în pofida considerentelor deciziei CNSC, în sensul că autoritatea contractantă ar fi trebuit să declare ca neconformă oferta asocierii SC ... SRL – SC ... SRL, aceasta a solicitat, din nou, clarificări ofertantului câștigător, cu privire la aspectul neconcordanței între propunerea tehnică și financiară, considerând concludent răspunsul la clarificări, declarând iarăși câștigătoare oferta SC ... SA.

SC ... SRL consideră că, din moment ce Consiliul a considerat că răspunsul la clarificări oferit de SC ... SA, cu ocazia punerii în aplicare a deciziei CNSC nr. 210/C5/30 din 12.02.2019, este neconcludent, autoritatea contractantă a încălcat flagrant, autoritatea de lucru judecat a considerentelor deciziei CNSC, cât și principiul tratamentului egal, dispunând emiterea unei noi solicitări de clarificări, creând un avantaj total nejustificat și nelegal asocierii SC ... SA. Prin urmare, având în vedere neconformitatea ofertei depusă de SC ... SA, autoritatea contractantă avea obligaţia respingerii ofertei în conformitate cu art. 137 alin. (3) lit. d) din anexa la HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește faptul că oferta depusă de SC ... SA trebuia respinsă ca fiind inacceptabilă, autoarea contestației a precizat că, răspunzând solicitării de clarificări, SC ... SA a transmis comisiei de evaluare informații considerate needificatoare de CNSC, sens în care un astfel de răspuns trebuia considerat de către autoritatea contractantă neconcludent.

SC ... SRL consideră că în prezent, în caz de admitere a contestației, nu este posibilă o nouă solicitare de clarificări, întrucât, în practică, s-a reținut că legislaţia achiziţiilor publice nu permite crearea unui avantaj participanţilor la procedura de atribuire prin solicitări de clarificări repetate. În acest sens, SC ... SRL a invocat jurisprudența instanțelor de judecată și a solicitat Consiliului acces la dosarul cauzei.

În dovedire SC ... SRL a depus, în copie, un set de înscrisuri.

Prin adresa nr. 23492/1165 C5/24.06.2019, Consiliul i-a solicitat contestatoarei să transmită la dosarul cauzei, în original, contestația și recipisa de consemnare a cauțiunii, iar în copie conformă cu originalul, actul atacat din care să reiasă data luării acestuia la cunoştinţă.

La data de 21.06.2019, Consiliul a înregistrat sub nr. 23392/24.06.2019, originalul contestației și Recipisa de consemnare a

cauțiunii nr. 205530453/1 din 20.06.2019, în sumă de 35.000 RON, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Autoritatea contractantă a transmis, în original, punctul de vedere nr. 2132/25.06.2019, înregistrat la Consiliu sub nr. 23908/26.06.2019, prin care consideră că a respectat „întru tot” măsurile dispuse prin decizia nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, luând următoarele măsuri:

1. prin Procesul-verbal nr. 1934/05.06.2019 a procedat la începerea reevaluării ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL. Tot prin acest proces verbal s-a dispus înaintarea către ofertantul mai sus-menționat a unei serii de întrebări de clarificare;
2. prin adresa nr. 1935/05.06.2019 a fost înaintată către asocierea SC ... SRL – SC ... SRL solicitarea de clarificare dispusă prin Procesul-verbal nr. 1934/ 05.06.2019;
3. prin adresa nr. 1401/10.06.2019, asocierea SC ... SRL – SC ... SRL a răspuns solicitării de clarificări;
4. în data de 13.06.2019, comisia de evaluare s-a întrunit în vederea definitivării reevaluări ofertei depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL. Comisia a întocmit Procesul-verbal nr. 2026/13.06.2019, în care a menționat aspectele reținute în urma reevaluării;
5. în data de 14.06.2019, comisia de evaluare a întocmit Raportul procedurii nr. 2035;
6. în data de 18.06.2019, prin adresa nr. 2040, au fost înștiințați ofertanții asupra rezultatului procedurii.

Având în vedere cele prezentate, autoritatea contractantă a precizat că își menţine decizia privind rezultatul procedurii, comunicată contestatoarei prin adresa nr. 2035/14.06.2019, motivată prin Procesul-verbal nr. 2026/13.06.2019.

În finalul punctului de vedere, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației, ca nefondată, având în vedere motivația adusă de comisia de evaluare, cât și faptul că, în speță, criticile aduse prin contestație au fost deja soluționate prin respingere de Curtea de Apel Ploieşti, prin Decizia nr. 57/22.01.2019, pronunțată în dosarul nr. 775/42/2018 și decizia nr. 483/16.04.2019, pronunțată în dosarul nr. 157/42/2019.

Prin adresa nr. 2133/25.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 23907/26.06.2019, autoritatea contractantă a înaintat, o copie a documentelor necesare soluționării contestației, respectiv cele întocmite/primite de comisia de evaluare după primirea deciziei nr. 828/C5/360 din 27.05.2019.

Prin adresa nr. 1236/26.06.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 24065/26.06.2019, SC ... SRL a formulat „răspuns față de punctul de vedere transmis de Comuna ...”, prin care a observat că autoritatea contractantă nu aduce nici un argument concret în combaterea susținerilor sale, ci se limitează să solicite respingerea acesteia ca nefondată.

De asemenea, contestatoarea a observat că autoritatea contractantă nu a prezentat vreun detaliu în legătură cu modul în care criticile sale ar fi fost deja avute în vedere de către instanțele de

judecată, ori, în realitate, susţinerile autorității contractante sunt complet eronate.

Având în vedere cererea SC ... SRL de studiere a dosarului cauzei la sediul Consiliului, prin adresa nr. 24785/1165 C5/02.07.2019, contestatoarea a fost invitată, în acest sens, la data de 03.07.2019.

La data de 03.07.2019, SC ... SRL, a transmis, prin mijloace electronice (e-mail), corespondența nr. 1266/03.07.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 25257/04.07.2019, intitulată „concluzii scrise", prin care a precizat că autorității contractante îi era impusă obligaţia respingerii ofertei depusă de SC ... SA. Drept urmare, în mod eronat comisia de evaluare a solicitat ofertantului un nou set de clarificări, cu încălcarea prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Contestatoarea a subliniat faptul că, în mod eronat, autoritatea contractantă a considerat ca fiind concludent răspunsul ofertantului câștigător la solicitarea de clarificări, permițând modificarea ofertei, în condiţiile în care hotărârile judecătoreşti au fost pronunțate în raport de contestațiile formulate de societatea sa în etapele anterioare ale punerii în aplicare a deciziilor CNSC nr. 3053/C5/3196 din 06.12.2018, nr. 210/C5/30 din 12.02.2019, pronunțate în cadrul acestei proceduri, în vreme ce prezenta contestaţie vizează punerea în aplicare a deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, în cuprinsul căreia s-a constatat, în mod clar, neconformitatea ofertei depusă de SC ... SRL. Din moment ce acest aspect a fost constatat prin aceasta ultimă decizie a CNSC și nu prin cele anterioare, contestatoarea consideră că este evident faptul că acest aspect și consecinţele lui valorificate de societatea sa în contestație, nu puteau face obiectul hotărârilor Curţii de Apel Ploieşti menționate de autoritatea contractantă.

SC ... SRL consideră că răspunsul la solicitarea de clarificări trebuia considerat neconcludent și prin raportare la cele dispuse definitiv de către Consiliu prin decizia nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, în sensul că: „Este evident că dacă se modifică numărul orelor de manoperă în graficul Gantt, conform celor menționate în propunerea financiară, se ajunge la o altă propunere tehnică, respectiv la un grafic diferit față de cel prezentat", ori, prin acceptarea graficului Gantt modificat, ofertantului SC ... SA i s-a creat un avantaj evident în condiţiile în care modificarea ofertei trebuia respinsă în conformitate cu prevederile art. 134 din anexa la HG nr. 395/2016.

În vederea respectării principiului contradictorialității, stipulat de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, concluziile scrise au fost însoțite de dovada comunicării acestora către autoritatea contractantă.

Având în vedere volumul mare de documente și informații ce trebuie analizate în vederea soluționării contestației formulată de SC ... SRL, în conformitate cu prevederile art. 24 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul a prelungit cu 10 zile termenul de soluționare a contestației, părțile fiind informate prin adresa nr. 26597/1165 C5/11.07.2019.

Din documentele depuse la dosarul cauzei și din susținerile părților, Consiliul constată următoarele:

COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de atribuire „simplificată”, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică, având ca obiect „Înființare rețea de canalizare în sistem centralizat în Comuna ..., Județul Prahova, Satele: ... de Sus și ... de Jos”, cod CPV 45232411-6 (Rev.2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. .../22.05.2018, stabilind termenul limită pentru primirea ofertelor la 08.06.2018, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și o valoare totală estimată, fără TVA, de 11.699.503 lei.

În cadrul prezentei proceduri de atribuire s-au mai depus următoarele contestații:

1. contestația formulată de SC ... SRL, soluționată de către Consiliu prin Decizia nr. 1938/C5/2179 din 10.07.2018, prin care s-au dispus următoarele:

„Admite excepția invocată din oficiu și respinge contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu COMUNA ... (PRIMĂRIA COMUNEI ...), în calitate de autoritate contractantă, ca inadmisibilă pentru neconstituirea cauțiunii conform prevederilor legale.

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

2. contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, soluționată de către Consiliu prin Decizia nr. 3053/C5/3196 din 06.12.2018, prin care s-au dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

Anulează raportul procedurii nr. 2703/16.10.2018 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să motiveze respingerea rapoartelor întocmite de expert și să reevalueze ofertele depuse de asocierea SC ... SA - SC ... SRL și asocierea SC ... SRL – SC ... SRL, cu respectarea dispozițiilor legale și a celor evocate în motivare.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere prin care contestatoarea solicită declararea câștigătoare a ofertei sale.

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

Decizia a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Ploiești, de SC ... SRL, constituindu-se dosarul nr. 775/42/2018, în cadrul căruia instanța, prin Decizia civilă nr. 57/2019 din 22.01.2019, a respins plângerea, ca nefondată.

3. contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, soluționată de către Consiliu prin Decizia nr. 210/C5/30 din 12.02.2019, prin care s-au dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

Anulează raportul procedurii nr. 3494/27.12.2018 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să pună în executare decizia CNSC nr. 3053/C5/3196 din 06.12.2018, în ceea ce privește Raportul expertului cooptat nr. 34/26.09.2018 și să procedeze la reevaluarea ofertei depusă de Asocierea SC ... SRL și ... SRL, conform celor evocate în motivare.

Respinge ca rămas fără obiect capătul de cerere privind suspendarea soluționării contestației.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere prin care contestatoarea solicită respingerea ofertei asocierii câștigătoare și declararea câștigătoare a ofertei sale.

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

Decizia a fost atacată cu plângere la Curtea de Apel Ploiești, de SC ... SRL, constituindu-se dosarul nr. 157/42/2019, în cadrul căruia instanța, prin Decizia civilă nr. 483/2019 din 16.04.2019, a respins plângerea, ca nefondată.

4. contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, soluționată de către Consiliu prin Decizia nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, prin care s-au dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

Anulează raportul procedurii nr. 695/01.03.2019 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de Asocierea SC ... SRL și ... SRL, conform celor reținute în motivare.

Respinge ca inadmisibil capătul de cerere prin care contestatoarea solicită respingerea ofertei asocierii câștigătoare și declararea câștigătoare a ofertei sale.

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

Această decizie nu a fost atacată cu plângere de către niciuna din părți.

Din documentele depuse în dosarul nr. 1165/2019, rezultă că, la data de 24.06.2019, SC ... SRL a prezentat dovada respectării prevederilor art. 61^1 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, în sensul că a depus, în original, Recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 205530453/1 din 20.06.2019, în sumă de 35.000 ron, emisă de CEC Bank – Sucursala Victoria.

Cauțiunea se va restitui în condițiile stipulate de art. 1064 din Codul de procedură civilă: [„(1) *Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a*

depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii cuvenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus"], coroborate cu dispozițiile art. 61^1 alin. (5), (6) și (7) din Legea nr. 101/2016, cu modificările și completările ulterioare [„(5) *Cauțiunea depusă se restituie, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a plângerii, respectiv după încetarea efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (6) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor suspendării procedurii de atribuire și/sau a executării contractului. (7) Consiliul sau instanța, după caz, se pronunță asupra cererii de restituire a cauțiunii cu citarea părților, printr-o încheiere supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară. Recursul este suspensiv de executare*"].

Pe fondul cauzei, Consiliul reține următoarele:

Potrivit Procesului-verbal nr. 1467/13.06.2018 al ședinței de vizualizare a ofertelor, în prezenta procedură, au depus oferte un număr de 4 operatori economici.

În urma reanalizării ofertelor, prin punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, oferta depusă de asocierea S.C. ... SRL & SC ... S.R.L. a fost respinsă, poziționându-se în clasamentul final pe locul 2, fiind declarată câștigătoare oferta depusă de asocierea SC ... SRL – SC ... SRL, toate aceste aspecte fiind consemnate în Raportul procedurii nr. 2035/14.06.2019.

Ulterior reevaluării ofertelor şi recomunicării rezultatului procedurii de către autoritatea contractantă, pentru motivele evocate anterior, S.C. ... SRL & SC ... S.R.L. a depus la Consiliu contestația de față.

Analizând criticile formulate de către contestator, Consiliul constată că acestea vizează aspecte legate de modul în care comisia de evaluare a reanalizat și reapreciat oferta depusă de ofertantul câștigător, asocierea SC ... SRL - SC ... SRL, urmare a Deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019.

Contestatorul consideră că oferta clasată pe primul loc trebuia respinsă ca neconformă/inacceptabilă, datorită neconcordanței dintre propunerea tehnică și propunerea financiară în ceea ce privește numărul orelor de manoperă, dacă autoritatea contractantă s-ar fi raportat, în mod corect, la motivarea deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019.

Având a verifica temeinicia criticilor formulate de SC ... SRL & SC ... SRL, cu privire la oferta clasată pe primul loc, Consiliul constată următoarele:

Relevante în analiza prezentei cauze, sunt următoarele considerente (pag. 20-24) ale Deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din

27.05.2019 definitivă, întrucât, în cadrul termenului legal, nu a fost atacată cu plângere de către niciuna din părți:

[După primirea deciziei CNSC, la data de 20.02.2019, comisia de evaluare a stabilit, prin procesul verbal nr. 525 din 20.02.2019, să pună în aplicare această decizie și a decis să ceară clarificări ofertantului câștigător în legătură cu aspectele sesizate de expert în raportul nr. 34/26.09.2018. Astfel, prin adresa nr. 526/20.02.2019, autoritatea contractantă a solicitat acestuia următoarele clarificări:

«1. Justificați includerea cheltuielilor privind Organizarea de şantier în capitolul 4.

2. Prezentarea ofertelor pentru toate echipamentele cuprinse în capitolul 4.4.3 - „Utilaje, echipamente tehnologice și funcţionale care necesită montaj.

3. Unde este cuantificată valoarea montajului aferent capitolului 4.4.3. - „Utilaje, echipamente tehnologice și funcţionale care necesită montaj.

4. Justificaţi neconcordanța între orele de manoperă alocate pe întreg contractul, declarate în Propunerea Tehnică (269.898.06, conform Graficului Gantt) și Propunerea Financiară (288.037.514 conform formular C7, ataşat în Propunerea Financiară-pag 197) și implicit corespondența pentru manoperă pentru fiecare capitol de lucrări (exemplu: conform propunerii tehnice pentru realizarea "TERAS COND PVC DN 250-315 H=1.5M L=0.9M" s-au alocat 27.635,33 ore. Din Propunerea Financiară rezultă un cost direct total de 387.713,70 lei/12 lei/h - tarif orar declarat egal 32.309,47 ore).»

Ofertantul câștigător a răspuns prin adresa nr. 352/25.02.2019, precizând:

«1. Cheltuielile privind organizarea de şantier au fost cuprinse în capitolul 4 deoarece au fost introduse ca Deviz de lucrări și nu ca procent valoric din C+M. Prin urmare programul de calcul în care a fost întocmită oferta financiară a inclus aceste cheltuieli în capitolul 4.

2. Alăturat ataşăm Ofertele de preţ, de la furnizori, pentru echipamentele tehnologice și funcţionale care necesită montaj.

3. Valoarea montajului aferent capitolului 4.4.3. este cuantificată astfel:

- Montajul celor 7 stații de pompare din cadrul Obiectului «Reţele de canalizare menajeră» este cotat în cadrul Devizului 576408- Montaj utilaj și are valoarea de 24725,00 lei, fără TVA.

- Montajul celor 2 stații de epurare din cadrul Obiectelor «Stație de epurare ... de Sus-400 MC/H» și «Stație de epurare ... de Jos-300 MC/H» este cotat în cadrul «Devizului 576458- Montaj utilaj» și are valoarea de 23490,94 lei, fără TVA.

- Montajul transformatorului din cadrul Obiectului «Alimentare cu energie electrică» este cotat în cadrul «Devizului 576618- Montaj utilaj» și are valoarea de 180.03 lei, fără TVA.

4. Diferenţa numărului de ore de manoperă evidențiată în graficul Gantt este rezultatul unei erori apărute la preluarea datelor din programul de calcul în care este întocmită oferta în programul automat de calcul în care este realizat Graficul Gantt. Această eroare a transcrierii numărului de ore nu afectează însă nici valoarea ofertei, care este calculată corect, nici termenul de realizare a investiției stabilit în graficul Gantt, planificare lucrărilor fiind făcută cu luarea în seamă a tuturor elementelor ce stau la baza realizării proiectului.

De altfel în NOTA de subsol ce însoțește graficul am făcut următoarele menţiuni:

Data de început și de sfârșit a realizării contractului depinde exclusiv de data încheierii contractului de achiziție. În prezentul grafic sunt stabilite duratele de execuţie pentru fiecare activitate și subactivitate, care vor fi respectate întocmai și totalizează un număr de 36 luni, pentru realizare, respectiv 12 luni pentru proiectare și 24 luni pentru execuţie, iar la data semnării contractului va fi întocmit un grafic general care va respecta toate elementele contractului, inclusiv perioadele menționate mai sus cât și datele exacte de început și sfârșit ale contractului. Societatea va lua toate măsurile necesare în vederea respectării termenului de execuție de 36 de luni, în sensul efectuării de ore suplimentare sau săptămână de lucru de 6 zile, în cazul în care pot apărea întreruperi în execuție din cauza timpului nefavorabil. Perioadele de execuţie necesare fiecărei etape în parte au fost stabilite în concordanță cu numărul de ore de manoperă și utilaj necesare realizării acestora.

Având în vedere cadrul legal care reglementează licitația de lucrări la care facem referire, considerăm că răspunsul nostru la solicitarea dumneavoastră de clarificare se încadrează în art. 134, al. (7), lit. a și b și al. (8), respectiv viciu de formă și corectarea unor abateri tehnice minore, nu la art. 134, al. (6). El nu aduce nici un fel de modificare la propunerea tehnică inițială. Atât perioadele de execuţie a activităților, (numărul de zile, data de START și FINISH pentru toate activitățile) cât și valoarea ofertei sunt cele prezentate în cadrul licitației.»

În urma analizării acestui răspuns, autoritatea contractantă a motivat neluarea în considerare a raportului expertului cooptat nr. 34/ 26.09.2018, precizând, în cadrul Procesului-verbal nr. 641/27.02.2019, următoarele:

«Prin acest raport expertul cooptat recomanda comisiei înaintarea unor solicitări de clarificare către ofertanți.
Comisia a hotărât că nu se mai impune transmiterea acestor clarificări din următoarele motive:
1. Expertul cooptat a recomandat comisiei ca toți cei trei ofertanți să transmită ofertele pentru toate echipamentele cuprinse în capitolul 4.4.3 – „Utilaje, echipamente tehnologice și funcţionale care necesită montaj".
Din analiza ofertelor financiare comisia a identificat la toți cei trei ofertanți aceste oferte. Deasemeni din discuţiile cu expertul cooptat purtate în timpul evaluării acesta nu a identificat eventualele elemente lipsă din oferte pe care le-a constatat. (...)
3. Atât pentru Asocierea ... cât și pentru Asocierea E.M. Prime expertul nu a putut identifica centralizatorul cheltuielilor pe obiective .
Din analiza ofertelor financiare depuse de cele două firme comisia a identificat centralizatorul cheltuielilor pe obiective din ofertele financiare. Pentru Asocierea E.M. Prime la pg. 2-3 și la pg. 7-8 pentru Asocierea ....
4. Referitor la Asocierea ... expertul cooptat a solicitat ca ofertantul să precizeze unde a fost cuantificată valoarea montajului aferentă capitolului 4.4.3 – „Utilaje echipamente tehnologice și funcţionale care necesită montaj"
Din analiza ofertei financiare comisia a identificat valoarea montajului aferent capitolului 4.4.3 în următoarele devize:
Deviz 576408 - montaj utilaj : 24725.00 lei
Deviz 576458 - montaj utilaj : 23490.94 lei
Deviz 576618 - montaj utilaj : 180.03 lei
5. Expertul cooptat a recomandat comisiei să solicite Asocierii ... SA să justifice includerea cheltuielilor privind Organizarea de şantier în capitolul 4.
Comisia a considerat acest lucru un viciu minor de formă care nu influențează oferta în nici un fel.
Având în vedere toate cele analizate și motivele arătate mai sus comisia a hotărât respingerea recomandărilor expertului cooptat.»

Analizând procesul verbal nr. 641/27.02.2019, Consiliul constată că în ceea ce privește diferența numărului de ore de manoperă, existente în oferta criticată, autoritatea contractantă nu a făcut nicio precizare, în legătură cu neluarea în considerare a observațiilor referitoare la manoperă
și nici nu a lămurit neconcordanța existentă între propunerea tehnică și propunerea financiară, deci justificarea, din Procesul-verbal nr. 641/27.02.2019, nu este completă.
Analizând răspunsul ofertantului câștigător (adresa nr. 352/ 25.02.2019), în ceea ce privește diferența dintre orele de manoperă din propunerea tehnică și propunerea financiară, Consiliul constată că acesta recunoaște această neconcordanță între propunerea tehnică și financiară, precizând că nu face nicio modificare a ofertei, nici pe tehnic, nici pe financiar, deși, pe de altă parte, susține că, în graficul Gantt, numărul de ore de manoperă este eronat. În acest context, ofertantul nu poate invoca propria culpă.

Riscul întocmirii ofertelor cade în sarcina operatorului economic el neputând să îşi invoce propria culpă ca motiv al întocmirii neconforme a ofertei potrivit principiului „nemo auditur propriam turpitudinem allegans".

Comisia de evaluare trebuia să analizeze acest aspect, fiind incidente prevederile art. 137 din HG nr. 395/2016:
„(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme. (...)
(3) În condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: (...)
d) <u>propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice</u> ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislaţia incidentă, alta decât cea în domeniul achiziţiilor publice;"

Totodată, comisia de evaluare trebuie să aibă în vedere și faptul că eventuala remediere a acestei neconcordanțe, ar conduce la o modificare a propunerii tehnice, în speță, a graficului Gantt în care este menționat numărul de ore, fiind incidente prevederile art. 134 din HG nr. 395/2016:
„(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

Înainte de a pune în aplicare această prevedere legală, comisia de evaluare trebuia să verifice dacă modificările ce trebuiau operate de ofertant, pentru a corela orele de manoperă din propunerea financiară cu cele din propunerea tehnică, respectiv o modificare esențială a graficului Gantt, se încadrează în categoria viciilor de formă sau reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, așa cum afirmă ofertantul câștigător.

În cadrul răspunsului, ofertantul câștigător nu a adus niciun argument care să arate că neconcordanța dintre propunerea tehnică și propunerea financiară este rezultatul unui viciu de formă sau a unei abateri tehnice minore și nici că aceasta a fost corectată în vreun fel.

Este evident că dacă se modifică numărul orelor de manoperă în graficul Gantt, conform celor menționate în propunerea financiară, se ajunge la o altă propunere tehnică, respectiv la un grafic diferit față de cel prezentat.

Având în vedere că autoritatea contractantă a solicitat clarificări față de acest aspect, Consiliul constată că informațiile transmise nu reprezintă în sine o clarificare întrucât nu se clarifică în niciun mod neconcordanța dintre propunerea tehnică și cea financiară, **răspunsul fiind în acest caz neconcludent**, ceea ce duce la respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

Pe de altă parte, nici ofertantul și nici autoritatea contractantă nu au justificat de ce această neconcordanță între propunerea tehnică și propunerea financiară se încadrează în definiția viciilor de formă, prevăzute la art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, conform căreia: *„reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire*."

Așadar, în lipsa unor argumente clare, logice și temeinice, precum și a unui răspuns concludent, autoritatea contractantă trebuia să constate faptul că propunerea tehnică nu este corelată cu propunerea financiară și **să declare acest ofertant neconform**, potrivit art. 137 alin. (3) lit. d) din HG nr. 395/2016.**]**

Contrar considerentelor fără echivoc ale deciziei Consiliului, în sensul că în procedura de reevaluare autoritatea contractantă ar fi trebuit să declare ca neconformă oferta asocierii ..., cu ocazia punerii în executare a deciziei, autoritatea contractantă a solicitat din nou, prin adresa nr. 1935/05.062019, **aceleași clarificări**, ofertantului câștigător, cu privire la aspectul neconcordanței între propunerea tehnică și financiară. Acesta a răspuns prin adresa nr. 1401/10.06.2019, precizând:

„În ceea ce priveşte corelarea orelor de manoperă din propunerea tehnică cu orele de manoperă din propunerea financiară facem menţiunea că prin această corecţie nu se modifică principalul element ce constituie baza graficului de execuţie, respectiv termenul de realizare a investiției, atât ca termen total de execuţie, cât și pe fiecare activitate și subactivitate în parte. Perioadele de START și FINISH prezentate în graficul iniţial rămân aceleași cu cele stabilite iniţial. Asocierea S.C.... S.R.L. - SC ... SRL își asumă respectarea termenelor stabilite iniţial, prin alocarea numărului necesar de muncitori. Considerăm că această abatere constituie un viciu de formă deoarece oferta a fost întocmită corect, orele de manoperă sunt introduse corect în oferta financiară, nefiind necesară nicio modificare valorică a sumei licitate și nici a duratelor de execuţie planificate și însușite.

Totodată, menţionăm că în NOTA de subsol a graficului am făcut deja precizarea că la nivel de societate vor fi luate măsurile necesare în vederea respectării termenului de execuţie, societatea având capacitate tehnică, umană și financiară de a realiza lucrarea supusă licitației publice.

Pentru o mai bună clarificare a acestui aspect, alăturat ataşăm graficul Gantt cu preluarea numărului de ore de manoperă din propunerea financiară, pe fiecare categorie de lucrări în parte și cu respectarea

exactă a termenelor stabilite iniţial, prin urmare, graficul gantt a cărui completare nu modifică propunerea tehnică iniţială."

La această adresă a anexat un grafic Gantt modificat în care a preluat numărul de ore de manoperă din propunerea financiară. Procedând în acest fel operatorul economic declarat câștigător a modificat conținutul propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă a considerat concludent răspunsul la clarificări și a declarat din nou câștigătoare oferta ....

Consiliul constată că, prin acceptarea modificării propunerii tehnice, autoritatea contractantă a creat un avantaj evident operatorului economic câștigător.

Propunerea tehnică prezentată inițial include un alt număr, mai mic, de ore de manoperă. Astfel, Consiliul apreciază că prin răspunsul transmis la clarificări, S.C. ... S.R.L. și-a modificat propunerea tehnică, încălcând prevederile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, care precizează că în cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conţinutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă, faţă de aceste aspecte, măsura autorităţii contractante de acceptare a acestei oferte fiind nelegală.

Prin luarea în considerare a răspunsului S.C. ... S.R.L., autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv:

„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."

În practică s-a arătat în mod constant că legislația achizițiilor publice nu permite crearea unui avantaj participanților la procedura de atribuire prin solicitări de clarificări repetate.

Conform art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, *„Comisia de evaluare are obligaţia de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte* (...)". În adresa de răspuns transmisă la data de 10.06.2019, documentele atașate în completare la oferta iniţială, referitoare la un alt număr de ore de manoperă, nu se pot circumscrie noțiunii de *„clarificări și completări formale sau de confirmare*".

Având în vedere cele de mai sus este evident că autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile deciziei CNSC (neatacată cu plângere în instanță) care prevedeau că reevaluarea să se facă *„conform celor evocate în motivare*".

Din moment ce Consiliul, în considerentele deciziei nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, a constatat deja, definitiv, că răspunsul la clarificări nr. 352/25.02.2019, oferit de ... cu ocazia punerii în aplicare a Deciziei CNSC nr. 210/C5/30 din 12.02.2019, este neconcludent, *„ceea ce duce la respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016*", autoritatea contractantă a încălcat autoritatea de lucru judecat a considerentelor deciziei CNSC, ce rezultă din dispozițiile art. 430 alin. (2) din Codul de procedură civilă, care stipulează următoarele: *„Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum*

și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă".

Autoritatea contractantă avea obligația de a proceda la reevaluarea ofertei ... cu respectarea considerentelor deciziei CNSC, în conformitate cu care „*autoritatea contractantă trebuia să declare acest ofertant neconform, potrivit art. 137 alin. 3 litera d) din HG nr. 395/2016*" (pag. 24 din decizia Consiliului).

Prin urmare, având în vedere neconformitatea ofertei depusă de ..., autoritatea contractantă avea obligația respingerii ofertei în conformitate cu art. 137 alin. 3 lit. d) din HG nr. 395/2016.

După emiterea deciziei CNSC nr. 828/C5/360 din 27.05.2019, definitivă, membrii comisiei de evaluare nu mai puteau solicita clarificări ofertantului SC ... SRL, în legătură cu aspectul în discuție, cu privire la care Consiliul s-a pronunțat deja definitiv.

Hotărârile judecătoreşti, la care face referire autoritatea contractantă în procesul verbal nr. 2026/13.06.2019, au fost pronunțate în raport de contestațiile formulate de contestator în etapele anterioare ale punerii în aplicare ale unor decizii CNSC (decizia CNSC nr. 3053/C5/3196 din data de 06.12.2018, decizia nr. 210/C5/30 din 12.02.2019) pronunțate în cadrul acestei proceduri, în vreme ce prezenta contestație vizează punerea în aplicare a Deciziei CNSC nr. 828/C5/360 în cuprinsul căreia s-a constatat în mod clar neconformitatea ofertei depusă de asocierea SC ... SRL și SC ...SRL. Din moment ce acest aspect a fost constatat prin această ultima decizie a CNSC, și nu prin cele anterioare, este evident că acest aspect și consecințele lui valorificate de contestator în contestație nu puteau face obiectul hotărârilor Curții de Apel Ploiești, menționate de autoritatea contractantă.

Drept urmare, în condițiile existenței unei decizii definitive a Consiliului prin care s-a constatat neconformitatea ofertei depusă de SC ... SRL, orice demers realizat de comisia de evaluare este contrar caracterului obligatoriu de care se bucură deciziile CNSC.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept evocate, în baza art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul urmează să admită contestația depusă de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL în contradictoriu cu COMUNA ..., să anuleze raportul procedurii nr. 2035/14.06.2019 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Va obliga autoritatea contractantă, în temeiul art. 26 alin. (5) din același act normativ, ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de Asocierea SC ... SRL și ... SRL, conform celor evocate în motivare.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestația formulată de asocierea SC ... SRL & SC ... SRL, prin liderul SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ....

Anulează raportul procedurii nr. 2035/14.06.2019 și toate actele subsecvente acestuia, respectiv adresele de comunicare a rezultatului procedurii.

Obligă autoritatea contractantă ca, în termen de 15 zile de la primirea deciziei Consiliului, să reevalueze oferta depusă de Asocierea SC ... SRL și ... SRL, conform celor evocate în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

...

Redactat în 4 exemplare originale, conține 13 pagini.