



C.N.S.C.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

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

DECIZIE

Nr. / /

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliu sub nr. .../02.09.2020, formulată de SRL, cu sediul în municipiul, ..., ..., având CUI RO, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., reprezentată convențional prin avocat ..., împotriva adresei nr. .../26.08.2020, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și a raportului procedurii nr. .../25.08.2020, emise de către, cu sediul în, ..., județul, în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii de licitație deschisă, organizată în vederea încheierii acordului - cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreținere periodică - covor asfaltic pentru drumurile naționale din administrarea (anii I-II), 24 de luni, SDN Dr. Tr. Severin”, cod CPV 45233139-3 – Lucrări de întreținere a drumurilor naționale (Rev.2), s-au solicitat anularea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire nr. .../26.08.2020, prin care oferta societății sale a fost respinsă, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, a raportului procedurii nr. .../25.08.2020 și a actelor anterioare sau subsecvente și/sau conexe, precum și reevaluarea ofertei.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante nr., înregistrată la Consiliu cu nr., SA, cu sediul în, județul, înregistrată la Registrul Comerțului sub nr., având CUI, reprezentată legal prin, director general,

solicită admiterea, în principiu, a cererii de intervenție și respingerea, ca neîntemeiată, a contestației formulate de SRL.

Contestația va fi soluționată împreună cu cererea de intervenție, având în vedere dispozițiile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, precum și prevederile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestația de față, prin care SRL critică raportul procedurii nr. .../25.08.2020 și adresa de comunicare a rezultatului procedurii nr./26.08.2020, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Prezentând situația de fapt, contestatoarea arată că, prin adresa nr. .../26.08.2020, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că oferta sa a fost respinsă, ca neconformă, în baza prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3), lit. a) din HG nr. 395/2016, oferta declarată câștigătoare fiind cea depusă de către asocieria SA, cu o valoare a propunerii financiare de 18.651.817,12 lei.

Se arată că, potrivit actelor atacate, motivele care au stat la baza deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei au privit următoarele aspecte:

Propunerea financiară prezentată cuprindea formulele F3 întocmite în conformitate cu propunerea tehnică. Formularul F3 și Lista de cantități de lucrări pe categorii de lucrări pentru lucrarea (stadiul fizic) - Completare acostamente respectă propunerea tehnică, dar la o verificare a Listei cuprinzând consumurile de resurse materiale, formular C6 aferent, s-a constatat faptul că oferta nu respectă cerințele impuse.

Deși prin documentația de atribuire a fost solicitată utilizarea de balast spălat de măr 0-63 mm cu respectarea condițiilor de calitate impuse de caietul de sarcini, s-a prezentat articolul 2200393 Balast nespălat de râu 0-70 mm, articol care nu respectă sub nicio formă condițiile de calitate impuse.

S-a reținut, arată contestatoarea, că prețul prezentat de 16,23 lei, fără TVA, pentru balastul nespălat de râu 0-70 mm este foarte apropiat cu prețul practicat pe piață pentru acest produs, fiind mult mai mic decât prețul estimat pentru produsul balast sortat spălat 0-63 mm care este de 39,89 lei/mc, concluzionându-se, fără dubiu, că nu poate fi vorba de o simplă eroare de tehnoredactare.

Contestatoarea precizează că, potrivit caietului de sarcini – *Completare acostamente cu balast*, s-a solicitat utilizarea de balast cu granula maximă de 63 mm, iar societatea sa și-a asumat întrutotul cerințele caietului de sarcini, inclusiv în ceea ce privește tipul de balast solicitat, prin depunerea formularului 8 – documente de confirmare a acceptării de către ofertant a clauzelor contractuale, a caietului de sarcini și a clarificărilor/modificărilor/completărilor la documentația de atribuire.

În cadrul propunerii tehnice, societatea contestatoare arată că a indicat expres, în cadrul formularului C6 – lista cuprinzând consumurile de resurse materiale, că va utiliza balast sortat de măr 0-63 mm. De asemenea, a inclus în cadrul aceleiași propuneri, Declarația de performanță nr. 001-CPR-2019 emisă de SNG Construcții SRL pentru agregate naturale, în cadrul căruia s-a menționat expres că granulozitatea era de 0-63 mm.

La propunerea financiară, contestatoarea susține că, dintr-o eroare, s-a indicat articolul balast nespălat de râu 0-70 mm.

Totodată, contestatoarea arată că, în procesul-verbal de evaluare nr. .../02.07.2020, de verificare a propunerii financiare, s-au menționat următoarele aspecte: „propunerea financiară este corelată cu propunerea tehnică și comisia de evaluare consideră că oferta SRL nu se încadrează la art. 210 din Legea nr. 98/2016, nereprezentând un preț aparent neobișnuit de scăzut, având în vedere că valoarea ofertei reprezintă 83,63% din valoarea estimată a investiției.”

În cuprinsul aceluiași proces-verbal de evaluare a fost consemnat faptul că unul dintre membrii comisiei de evaluare, respectiv dna., și-a exprimat o opinie separată. Votul comisiei de evaluare a avut loc în cadrul ședinței de reanalizare a punctelor de divergență încheiată cu procesul-verbal nr./07.07.2020, fiind adoptată prin majoritate decizia de respingere a ofertei SRL, ca neconformă, în timp ce dna. Irina Grecu și-a menținut opinia separată.

Făcând trimitere la opinia separată a doamnei, contestatoarea precizează că autoritatea contractantă ar fi trebuit să fi întreprins o minimă diligență și ar fi trebuit să solicite clarificări cu privire la neconcordanța dintre formularul C6 din propunerea tehnică și formularul C6 din propunerea financiară depusă, menționând, în acest sens, prevederile art. 135 din HG nr. 395/2016.

Eroarea din Formularul C6 - Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale inclusă în propunerea financiară este un viciu de formă (eroare materială) a cărui corectare este susținută în mod neechivoc de conținutul informațiilor existente în formularul C6 - lista cuprinzând consumurile de resurse materiale din propunerea tehnică, precum și de conținutul declarației de performanță nr. 001-CPR-2019 emisă de SRL pentru agregate naturale.

În cazul în care autoritatea contractantă ar fi solicitat clarificările care se impuneau, ... SRL ar fi fost în măsură să justifice prețul ofertat la balast sortat spălat de măr de 16,23 lei per m³ cu oferta de preț nr./27.05.2020 transmisă de SRL. Din oferta transmisă se putea observa că a fost ofertat produsul balast sortat spălat 0-63 cu prețul 16,23 lei/mc. Astfel, se observă faptul că, în ofertă a avut în vedere întocmai produsul solicitat de autoritatea contractantă prin caietul de sarcini, dar și prețul acestuia, astfel cum a fost indicat de furnizorul SRL și prezentat în propunerea financiară.

Contestatoarea susține că, în condițiile în care s-ar fi presupus, prin absurd, că prețul real al materialului ofertat, respectiv prețul de piață al acestuia era de 39,89 lei/mc, aplicând diferența față de prețul avut în vedere de SRL (16,23 lei/mc), la cantitatea totală de 4762 mc, ar fi rezultat o valoare suplimentară de 112.668,92 Lei x 1.04 (indirecte) x 1.01 (profit) = 118.347,43 lei. Prin urmare, considerând că diferența dintre valoarea propunerii financiare a SRL și valoarea propunerii financiare a societății SA este de 447.658,16 lei, diferența rezultată din calcularea valorii articolului balast sortat spălat de măr conform prețului de piață (118.347,43 lei) nu ar modifica în niciun fel clasamentul.

În opinia societății contestatoare, autoritatea contractantă avea obligația ca, înainte de a declara neconformă oferta SRL să solicite clarificări.

Invocând prevederile art. 133 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și art. 134 alin. (1) și (4) din HG nr. 395/2016, contestatoarea consideră că autoritatea contractantă avea obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba calificarea și conformitatea ofertei.

Totodată, consideră că evaluarea ofertei SRL a fost contrară prevederilor art. 49 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, susține contestatoarea, autoritatea contractantă trebuia să respecte principiul proporționalității pe parcursul derulării procedurii, în acest sens fiind relevantă și practică judiciară, precum decizia pronunțată de Curtea de Justiție Europeană în cauza C-538/07, *Assitur SRL vs Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, pct. 21, 23-24, din care rezultă că asigurarea respectării principiilor egalității de tratament și transparenței constituie temeiul directivelor comunitare privind procedurile de atribuire a contractelor de achiziții publice, cu condiția ca astfel de măsuri să nu depășească ceea ce este necesar pentru a atinge acest obiectiv.

Societatea contestatoare, redând din jurisprudența CNSC și a instanțelor de judecată, consideră că a fost nejustificată atitudinea autorității contractante care, în privința societății sale, a decis respingerea ofertei fără a solicita clarificări, apreciind că o eventuală

solicitare de clarificări nu ar fi echivalat decât cu o favorizare, ducând la tergiversarea finalizării procedurii de achiziție, în timp ce cu privire la oferta declarată câștigătoare au fost solicitate mai multe clarificări.

În probatoriu, contestatoarea înțelege să se folosească de proba cu înscrisuri.

Cu adresa nr. din 09.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. din 09.09.2020, ... a transmis punctul său de vedere cu privire la contestația depusă de SRL, solicitând respingerea acesteia, pe cale de excepție, pentru nedepunerea cauțiunii în cuantumul stabilit la art. 611 din Legea nr. 101/2016 și prin depunere în numerar, potrivit art. 1058 alin. (1) din Codul de procedură civilă, și pe fond, ca nefondată.

Se arată că, în cadrul Formularului C6 - *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale* pentru lucrarea (stadiul fizic): *completare acostamente* s-a constatat faptul că ofertantul a prezentat articolul 2200393 *Balast nespălat de râu 0-70 mm* cu un consum de 1.3110 mc.

Prin cerințele caietului de sarcini și prin listele de cantități puse la dispoziție de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire pentru lucrarea (stadiul fizic) *Completare acostamente* cu balast s-au specificat condițiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească balastul.

Completare acostamente a fost prevăzută ca un capitol separat întrucât prin așternerea covorului asfaltic ce ridică nivelul părții carosabile cu o grosime medie de 6 cm se creează o denivelare la marginile părții carosabile față de terenul actual în medie de 10 cm, ceea ce constituie un real pericol din punct de vedere al siguranței circulației. Cea mai ieftină soluție de realizare a acostamentului este cu balast, cu condiția ca acesta să respecte strict condițiile stabilite prin caietul de sarcini.

Autoritatea susține că, atât caietul de sarcini, cât și formularele privitoare la prezentarea ofertei, au fost însușite de SRL în cadrul ofertei tehnice.

Propunerea financiară prezentată de SRL cuprindea formularele F3 întocmite în conformitate cu propunerea tehnică. Formularul F3 și Lista de cantități de lucrări pe categorii de lucrări pentru lucrarea (stadiul fizic) - *Completare acostamente* respectă propunerea tehnică, dar, la o verificare a listei cuprinzând consumurile de resurse materiale, formular C6 aferent, s-a constatat faptul că oferta nu a respectat cerințele impuse.

Prin documentația de atribuire a fost solicitată utilizarea de balast spălat sortat de măr 0-63 mm cu respectarea condițiilor de calitate impuse de caietul de sarcini, ofertantul SRL prezentând articolul 2200393 *Balast nespălat de râu 0-70 mm*, articol care nu respectă sub nici o formă condițiile de calitate impuse.

Autoritatea contractantă a reținut că prețul prezentat de ofertantul SRL de 16,23 lei, fără TVA, pentru balastul nespălat de râu 0-70 mm este foarte apropiat cu prețul practicat pe piață pentru acest produs, fiind mult mai mic decât prețul estimat pentru produsul balast sortat spălat de măr 0-63 mm, care este de 39,89 lei/mc, concluzionându-se, fără dubiu, că nu poate fi vorba de o simplă eroare de tehnoredactare.

Prețurile actuale pentru produsul balast nespălat de râu 0-70 mm indicate de raportul generat cu programul Devize 360 creat de Soft Magazin, în baza căruia DRDP prin Serviciul Proiectare își stabilește valorile confidențiale estimate, este de 18.50 lei/mc ceea ce indică indubitabil că prețul oferit de SRL urmare a ofertei SRL pentru SRL a fost foarte apropiat de prețurile medii pe rețea (18.50 lei/mc în raportul generat cu programul devize 360, 16.23 lei/mc în oferta SRL).

Declarația de performanță nr. 001-CPR-2019 emisă de SRL la care a făcut referire contestatoarea a fost pentru „Agregate naturale” și nu pentru „Balast sortat spălat” cum a fost prevăzut în oferta SRL nr. .../27.05.2020 pentru SRL.

În acest sens, având în vedere că cerințele impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire sunt clare și fără ambiguități, s-a apreciat ca o eventuală solicitare de clarificări nu ar echivala decât cu o favorizare a ofertantului, ducând totodată la tergiversarea finalizării prezentei proceduri de achiziție, astfel că în temeiul art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare în mod legal a convenit că nu se justifică o eventuală solicitare de clarificări în acest sens.

Astfel, autoritatea contractantă a considerat că oferta trebuie respinsă în baza art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, ca neconformă în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, coroborat cu art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că a constatat că prin motivările invocate și documentele prezentate de contestator s-a evidențiat și o lipsă de corelație între propunerea financiară și elementele propunerii tehnice, concluzionând cu ușurință că aceste aspecte ar conduce la executarea defectuoasă a contractului.

Totodată, autoritatea contractantă consideră că spețele la care contestatoarea a făcut trimitere în contestația formulată nu au nicio relevanță în soluționarea prezentei cauze.

În probațiune, autoritatea contractantă a depus, în copie, înscrisurile din dosarul achiziției publice.

Prin cererea de intervenție voluntară accesorie în sprijinul autorității contractante nr./....., înregistrată la Consiliu cu nr./....., ... SA a solicitat cele menționate în partea introductivă, arătând că diferența dintre cele două tipuri de balast

este major tranșată de literatura tehnică de specialitate, balastul 0-63 mm fiind denumit balast optimizat, în timp ce balastul 0-70 mm este identificat prin denumirea tehnică consacrată de balast compactabil.

Astfel, în opinia societății interveniente, includerea în ofertă a produsului „*Balast nespălat de râu 0-70 mm*”, în locul produsului „*balast spălat de mâl 0-63 mm*” nu putea fi considerată nici abatere tehnică minoră, deoarece o astfel de modificare a ofertei contravine, în mod evident, dispozițiilor art. 134 alin. (9) lit. e) deoarece „*modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentația de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanții să se abată de la cerințele exacte ale respectivei documentații, iar oferta inițială nu a fost în conformitate cu aceste cerințe*”, dar și a dispozițiilor lit. c) a aceluiași alineat conform cărora „*în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanților*”, oferta contestatoarei devenind astfel din una neconformă în una admisibilă și câștigătoare.

Cele susținute de societatea contestatoare în cuprinsul contestației, potrivit societății interveniente, nu pot prezenta nicio relevanță, deoarece respectivele mențiuni au fost preluate prin copiere din caietul de sarcini, iar o declarație de acceptare a caietului de sarcini nu poate înlocui vreuna dintre părțile ofertei sau complini necorelarea dintre propunerea tehnică cu propunerea financiară.

Totodată, societatea intervenientă consideră că „*viciul de formă*” invocat de contestatoare nu poate fi susținut, deoarece:

Balastul neconform din extrasul de resurse a fost generat de articolul de deviz inclus în ofertă, diferit de cel din antemăsurătoarea din documentația de atribuire;

Prețul utilizat pentru articolul ofertat - balastul nespălat de râu 0-70 mm a fost corespunzător respectivului tip de resursă, nefiind comparabil cu cel aferent resursei solicitate - balast sortat spălat de mâl 0-63 mm, încât să susțină invocată „*eroare de tehnoredactare*”.

Prin urmare, o eventuală solicitare de clarificări prin care să se fi cerut și să se fi acceptat modificarea produsului inferior ofertat cu unul corespunzător ar fi depășit limitele instituite prin dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, avantajul evident fiind constituit de prezentare efectivă a unei noi oferte pe baza căreia oferta contestatoarei să fi fost transformată într-o ofertă admisibilă și câștigătoare, prin grava vătămare a interesului legitim de a deveni contractanți.

În opinia societății SA, pretenția contestatoarei de a i se fi solicitat clarificări spre a i se da posibilitatea de înlocuire a produsului simbol de articol 2200393 - Balast nespălat de râu 0-70 mm, cu produsul corespunzător articolului 2200379 - „Balast sortat spălat de mal 0-63MM” reprezintă, în fapt, o pretenție de admitere a prezentării unei noi oferte, aspect interzis prin jurisprudența CEJ.

Prin adresa înregistrată la Consiliu cu nr. /16.09.2020, ... SRL transmite răspuns la punctul de vedere formulat de achizitoare și societatea intervenientă în cuprinsul căruia prezintă argumente pentru a combate afirmațiile acestora.

Prin adresa nr. ... /25.09.2020, înregistrată la Consiliu sub nr. ... /28.09.2020, ... SA a formulat și depus concluzii scrise, prin care reiterează solicitările adresate Consiliului prin intermediul cererii de intervenție, pentru motivele de fapt și de drept expuse în aceasta.

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

...., în calitate de autoritate contractantă, prin a organizat procedura de licitație deschisă, în vederea încheierii acordului - cadru de lucrări având ca obiect „Lucrări de întreținere periodică - covor asfaltic pentru drumurile naționale din administrarea DRDP (anii I-II), 24 de luni, SDN Dr. Tr. Severin”, cod CPV 45233139-3 – Lucrări de întreținere a drumurilor naționale (Rev.2), sens în care a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat, în SEAP, anunțul nr. Conform anunțului, valoarea estimată a acordului - cadru este de 21.768.377,75 de lei, iar criteriul de atribuire este „Prețul cel mai scăzut”.

Relativ la cererea de intervenție aparținând SC SA, Consiliul ia act că acesta este ofertantul declarat câștigător, are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererii, la data de, motiv pentru care, în conformitate cu art. 65 alin. (1) C. proc. civ., Consiliul încuviințează în principiu cererea de intervenție. Cererea este accesorie, de intervenție în favoarea autorității contractante.

Având a verifica, cu prioritate, excepția neconstituirii cauțiunii, de către SRL, în quantumul stabilit la art. 611 din Legea nr. 98/2016, și prin depunere în numerar, potrivit 1058 alin. (1) din Codul de procedură civilă, invocată de autoritatea contractantă, Consiliul stabilește că, la dosarul cauzei, a fost depusă recipisa de consemnare nr. 1/31.08.2020, emisă de Raiffeisen Bank, pentru suma de 88.000 RON. Raportat la dispozițiile art. 611 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Legea nr. 101/2016, aplicabile în cazul de față, nu există niciun motiv pentru a aprecia că la constituirea cauțiunii nu au fost respectate respectivele norme, motiv pentru care excepția invocată urmează a fi respinsă.

Trecând la soluționarea fondului cauzei, Consiliul observă că divergența dintre părți este legată de motivul care a stat la baza respingerii, ca neconformă, a ofertei SRL, astfel cum rezultă din adresa de comunicare a rezultatului procedurii (nr. /26.08.2020) : (...) Propunerea financiară prezentată de dumneavoastră cuprinde formularele F3 întocmite în conformitate cu propunerea tehnică. Formularul F3 și Lista de cantități de lucrări pe

categorii de lucrări pentru lucrarea (stadiul fizic) – Completare acostamente respectă propunerea tehnică, dar la o verificare a Listei cuprinzând consumurile de resurse materiale, formular C6 aferent s-a constatat faptul că oferta nu respectă cerințele impuse.

Deși prin documentația de atribuire a fost solicitată utilizarea de balast spălat de măr 0-63 mm cu respectarea condițiilor de calitate impuse de caietul de sarcini (Anexa C) ați prezentat articolul 2200393 *Balast nespălat de râu 0-70 mm*, articol care nu respectă sub nicio formă condițiile de calitate impuse.

S-a mai reținut că prețul practicat de dumneavoastră de 16,23 lei fără TVA pentru balastul nespălat de râu 0-70 mm este foarte apropiat cu prețul practicat pe piață pentru acest produs, fiind mult mai mic decât prețul estimat pentru produsul balast sortat spălat 0-63 mm care este de 39,89 lei/mc, concluzionându-se fără dubiu că nu poate fi vorba de o simplă eroare de tehnoredactare. Cantitatea de balast estimată a fi utilizată în cadrul acestei lucrări este de 4762 mc.

În acest sens, având în vedere că cerințele impuse de autoritatea contractantă prin documentația de atribuire sunt clare și fără ambiguități, s-a apreciat că o eventuală solicitare de clarificări nu ar echivala decât cu o favorizare a dumneavoastră, ducând totodată la tergiversarea finalizării prezentei proceduri de atribuire.

Temeiul de drept invocat pentru respingerea ofertei, ca neconformă, este reprezentat de dispozițiile art. 137 alin. (1) și alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016 coroborate cu cele ale art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Parcurgând documentația de atribuire, respectiv caietul de sarcini (Anexa C) *Completare acostamente cu balast*, se observă că la capitolul *Agregate naturale* s-a stabilit că *pentru completarea acostamentelor se va utiliza balast cu granula maximă de 63 mm*, iar în Formularul C6 *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale pentru completare acostamente* este menționat articolul 2200379 – *Balast sortat spălat de măr 0-63 mm*, cu un consum cuprins în ofertă de 1,3110 mc.

Din verificările efectuate, Consiliul determină că, într-adevăr, ... SRL, la nivelul propunerii financiare, pentru completare acostamente, în Formularul C6 *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale* a indicat articolul 2200393 *Balast nespălat de râu 0-70 mm*, cu un consum de 1,3110 mc și un preț unitar de 16,23 lei. Însă, la fel de adevărat, este că, în cuprinsul aceluiași formular, dar prezentat la nivelul propunerii tehnice, ... SRL a prezentat articolul cerut la nivelul documentației, respectiv 2200379 – *Balast sortat spălat de măr 0-63 mm*.

Tot în cadrul propunerii tehnice a fost prezentată *declarația de performanță nr. 001-CPR-2009* pentru agregate naturale 0/63 – EN 13242.

Se reține că, pe parcursul evaluării, vizavi de situația creată, autoritatea contractantă nu a purtat nicio corespondență de lămurire cu ofertantul, deși, astfel cum rezultă din documentele evaluării, a existat o opinie (a se vedea nota individuală nr. 07.07.2020), a

unui membru al comisiei de evaluare, care a susținut că, atât timp cât există o neconcordanță între ceea ce a declarat ofertantul în cadrul propunerii tehnice și conținutul propunerii financiare este necesară solicitarea unei clarificări. Totodată, în cuprinsul aceluiași înscris, s-a reținut că nu se poate aprecia, la acel moment, dacă prețul ofertat ar putea reprezenta un indicator al tipului de balast ofertat, având în vedere faptul că nu se cunoaște răspunsul ofertantului cu privire la neconcordanța constatată și modalitatea prin care ofertantul a procurat /achiziționat/obținut sau urmează a procura/achiziționa/obține articolul în speță.

Consiliul se vede nevoit să achieseze la părerea membrului comisiei de evaluare pentru motivele ce vor fi detaliate în cele urmează, neputând reține, drept temeinice, susținerile celorlalți membri ai comisiei de evaluare în sensul respingerii ofertei, ca neconformă, pe motiv că nu satisface în mod corespunzător cerințele caietului de sarcini, astfel cum dispun prevederile art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, de care se prevalează aceștia.

În primul rând, în speță, cazul de la art. 137 alin. (3) lit. a) din normele HG nr. 395/2016 nu era incident ofertei contestatoarei, prin prisma abaterii semnalate. Propunerea tehnică sub aspect îndeplinirii cerințelor caietului de sarcini a fost verificată anterior evaluării celei financiare, rezultatul evaluării tehnice fiind consemnat în procesul-verbal nr./25.06.2020, unde s-a reținut admiterea propunerii tehnice SRL. Nefiind reținută vreo neconformitate la nivelul propunerii tehnice nu poate fi reținută incidența normelor invocate.

Din informațiile regăsite la nivelul ofertei SRL, pare că ofertantul a săvârșit o eroare prin introducerea aceluși articol la nivelul propunerii financiare, mai precis un viciu de formă, câtă vreme informațiile de la nivelul propunerii tehnice, cum mai sus s-a arătat, susțin acest lucru. Însă, se impunea lămurirea de către autoritatea contractantă prin comisia de evaluare a acestei situații de fapt.

Relevante sunt și următoarele prevederi din HG nr. 395/2016:

Art. 134. - (1) Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora, termenul-limită neputând fi stabilit decât la nivel de zile lucrătoare, fără a fi precizată o oră anume în cadrul acestuia.

[...]

(6) În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispozițiilor alin. (1) conținutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

[...]

Art. 135. - (1) În condițiile art. 209 din Lege, **comisia de evaluare are dreptul de a solicita ofertantului corectarea viciilor de formă** cu privire la oferta acestuia.

(2) În cazul în care ofertantul nu este de acord cu îndreptarea viciilor de formă, în condițiile prevăzute la alin. (1), oferta sa va fi considerată inacceptabilă.

(3) În sensul dispozițiilor alin. (1), **viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susținută în mod neechivoc de sensul și de conținutul altor informații existente inițial în**

alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Prin aceste dispoziții, legiuitorul admite faptul că ofertele pot conține vicii, care pot fi corectate chiar de către autoritatea contractantă. Dacă legiuitorul ar fi vrut să elimine orice ofertă care conține vicii, textele legale menționate nu își mai găseau locul în hotărârea Guvernului evocată. În acest sens, Consiliul observă că dreptul ofertantului la aplicarea dispozițiilor art. 135 din Hotărârea Guvernului nr. 395/2016, respectiv dreptul la corectarea eventualelor vicii de formă, este un drept izvorât din lege, care nu poate fi înlăturat. A îmbrățișa opinia autorității contractante, ar conduce la înlăturarea de la aplicare a unui text de lege de către organismul administrativ-jurisdicțional.

..... SRL a cotaț în financiar un articol, respectiv 2200393 Balast nespălat de râu 0-70 mm diferit de cel solicitat de autoritate, 2200379 – Balast sortat spălat de mâl 0-63 mm, dar, care nu este susținut de informațiile din tehnic, unde există mențiunile corecte asupra articolului. Contrar a ceea ce susține autoritatea contractantă, clarificările pe marginea corelării articolului din financiar cu cel din tehnic nu sunt susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire. În speță, autoritatea nu avea decât să se lămurească cu ofertantul și să corecteze viciul, cu acordul acestuia.

Principiul proporționalității impune ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60).

Viciul ce afectează Formularul C6 *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale* nu este de natură să conducă la excluderea *ipso facto* a ofertei, câtă vreme informațiile existente la nivelul propunerii tehnice (formularele C6, declarația de performanță) puteau conduce la identificarea articolului corect utilizat, dacă se dorea clarificarea situației.

În legătură cu *declarația de performanță nr. 001-CPR-2009*, pentru agregate naturale 0/63 – EN 13242, prezentată de ofertant, este surprinzătoare susținerea autorității contractante din punctul de vedere, cum că această declarație este pentru *agregate naturale* și nu pentru *balast sortat spălat*, câtă vreme, însăși autoritatea, în caietul de sarcini, a încadrat *balastul cu granulă maximă de 63 mm*, folosit la *completarea acostamentelor*, la agregate naturale.

Cât privește alegațiile autorității legate de prețul ofertat de SRL, de 16,23 lei fără TVA, pentru balastul nespălat de râu 0-70 mm, fapt care ar reprezenta în accepțiunea autorității, un indicator al tipului de balast ofertat, Consiliul nu le va valida, ele reprezentând simple supoziții, achiziția nefiind în prezența unor certitudini, mai cu seamă că, în fața organismului administrativ-jurisdicțional a fost prezentată oferta de preț de la SRL (semnatarul declarației de performanță regăsită în cadrul propunerii tehnice) nr. /27.05.2020, din cuprinsul căreia reiese prețul de 16,23 lei/mc pentru balast sortat spălat 0-63 mm, deci pentru articolul solicitat la nivelul documentației și, de altfel, indicat în cadrul propunerii tehnice de către SRL.

Autoritatea are obligația să asigure ofertanților toate condițiile pentru ca aceștia să își poată justifica și proba conformitatea ofertei, mai cu seamă că, în prezenta cauză, este, cât se poate de limpede, că dacă s-ar fi solicitat o clarificare asupra aspectelor de mai sus, autoritatea s-ar fi edificat asupra așa zisei neconformități.

Totodată, relativ la susținerile societății interveniente, cum că includerea în ofertă a produsului balast nespălat de râu 0-70 mm în locul produsului balast spălat de mâl 0-63 mm contravine dispozițiilor art. 134 alin. (9) lit. e) și c) din HG nr. 395/2016, Consiliul reține că SRL nu a pus în discuție situația acceptării modificării ofertei urmare a unei abateri tehnice minore ci a susținut doar că neconcordanța sesizată este un viciu de formă care poate fi corectat și a cărui corectare este susținută de documentele ofertei. Discuțiile pe marginea diferenței dintre cele două articole, atât sub aspectul calitativ, cât și sub cel al prețului sunt lipsite de relevanță, întrucât, în speță, nu se pune problema acceptării unui alt articol diferit de cel solicitat, ci doar o corelare a informațiilor prin corectarea unui viciu de formă.

Față de ansamblul considerentelor expuse în paginile de mai sus, se constată că evaluarea ofertei SRL are la bază culpa autorității contractante în tratarea datelor contradictorii primite de la ofertant, față de care trebuia să manifeste rol activ și să clarifice situația cu scopul eliminării unui eventual viciu de formă. În lipsa unei clarificări cu ofertantul asupra aspectelor contradictorii regăsite în oferta prezentată, nu se poate stabili cu certitudine dacă acesta a încălcat vreo obligație stabilită prin documentația de atribuire. Critica societății contestatoare privind nelegalitatea respingerii ofertei sale fiind fondată, Consiliul va admite contestația SRL, va anula raportul procedurii nr. /25.08.2020 și comunicarea nr. /26.08.2020 și va obliga autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a

cerințelor din documentația de atribuire. Va obliga autoritatea să comunice contestatoarei rezultatul reevaluării ofertei sale, cu respectarea legislației aplicabile.

Totodată, față de cele stabilite mai sus, Consiliul apreciază nefondată cererea de intervenție formulată de SC SA, motiv pentru care o va respinge.

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

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SRL, în contradictoriu cu, în calitate de autoritatea contractantă și anulează raportul procedurii nr. /25.08.2020 și comunicarea nr. /26.08.2020. Obligă autoritatea contractantă la clarificarea și reevaluarea ofertei SRL, precum și la emiterea unui nou act de evaluare, în termen de 10 zile de la primirea prezentei, cu respectarea celor ce preced, a legislației privind achizițiile publice și a cerințelor din documentația de atribuire. După reevaluarea ofertei și întocmirea noului raport, autoritatea va comunica societății rezultatul reevaluării, potrivit legislației achizițiilor publice.

Potrivit art. 64 alin. (2) din Codul de procedură civilă, încuviințează în principiu cererea de intervenție formulată de SA și, în temeiul art. 67 din același act normativ, o respinge.

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

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare pentru părțile cauzei, respectiv de la data luării la cunoștință de către alte persoane vătămate.