CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, Bucureşti, cod poştal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 şi +4 021.310.46.42 www.cnsc.ro

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

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Pe rolul CNSC au fost înregistrate sub nr. 16616/03.05.2017 și nr. 18175/11.05.2017, contestațiile înaintate de SC ... SRL și SC ... SRL, împotriva rezultatului procedurii de atribuire, transmis cu adresele nr. 11276/24.04.2017 și nr. 11286/26.04.2017, emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate, organizată în vederea atribuirii contractului de „...", cod CPV: ..., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ....

Prin contestația nr. 1357/03.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 16616/03.05.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată prin ... – director general, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 11276/24.04.2017, emisă de ..., s-a solicitat Consiliului să admită contestația și să oblige autoritatea contractantă la anularea comunicării rezultatului și a actelor subsecvente și reevaluarea ofertei contestatoarei.

Prin contestația nr. 3173/09.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 18175/11.05.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul social în localitatea ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CUI ..., reprezentată prin ... – administrator, formulată împotriva rezultatului procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 11286/26.04.2017, emisă de ..., s-a solicitat Consiliului:

- să dispună anularea Raportului intermediar al etapei privind evaluarea propunerilor tehnice, precum şi a tuturor actelor subsecvente acestuia, incluzând dar fără a se limita la comunicarea autorității contractante nr. 11286/26.04.2017 prin oferta sa a fost respinsă ca **inacceptabilă;**

- **să o**blige autoritatea contractantă la reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea ofertei sale şi constatarea faptului că respectă cerinţele legale stabilite în fişa de date în ceea ce priveşte capacitatea tehnică şi/sau profesională.

Pentru soluționarea contestațiilor, având în vedere că acestea au fost formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire, Consiliul a procedat la conexarea lor, în conformitate cu dispozițiile art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, pentru a se pronunța o soluție unitară.

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 contestațiile de față, prin care SC ... SRL și SC ... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire, transmis cu adresele nr. 11276/ 24.04.2017 și nr. 11286/26.04.2017, emise de ....

Prin contestația nr. 1357/03.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 16616/03.05.2017, SC ... SRL atacă rezultatul procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 11276/24.04.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea precizează că, în urma depunerii și deschiderii ofertelor, comisia de evaluare i-a adresat mai multe solicitări de clarificări, printre care și adresa nr. 11166/13.04.2017, cu următoarea cerință: *„Vă rugăm să furnizați Permisul de exploatare valabil asupra pietrei sparte, nisip și balast pentru producătorul SC ...SA".*

Prin adresa nr. 1212/19.04.2017, a prezentat comisiei de evaluare adresa nr. 67/19.04.2017, potrivit căreia furnizorul de agregate minerale SC ...SA (declarat în ofertă), informa că:

„...SA deține Licența de concesiune pentru exploatare nr. 5568, emisă de către Agenția Națională pentru Resurse Minerale Bucureşti, la data de 07.09.2004, pentru exploatarea zăcământului de granit din perimetrul lardastita Mare, jud. Caras-Seveirin, care este în vigoare până la data de 07.09.2024 și este în curs de avizare în vederea publicării în Monitorul Oficial al României.

Având în vedere că documentul solicitat este secret de serviciu, nu vă putem oferi copie după Licența de exploatare a zăcământului de granit din perimetrul ..."

Prin adresa nr. 11276/24.04.2017, arată că autoritatea contractantă i-a comunicat decizia comisiei de evaluare de a-i declara oferta inacceptabilă, cu motivarea:

„... SC ... SRL nu a făcut dovada permisului de exploatare pentru producătorul SC ...SA, iar licența de exploatare este în curs de avizare ...".

După ce a formulat Notificarea prealabilă nr. 1304/27.04.2017, la care autoritatea contractantă nu a răspuns, SC ... SRL a înaintat prezenta contestație, reclamând aceleaşi nereguli sesizate și în Notificarea prealabilă cu privire la decizia comisiei de evaluare referitoare la oferta sa. În opinia sa, decizia este:

- nelegală, deoarece comisia de evaluare a ignorat obligația sa legală de a solicita clarificări înainte de a lua o decizie de respingere a ofertei, obligație statuată prin art. 134, alin. (2) din HG nr. 395/2016;

- este abuzivă, deoarece *c*omisia de evaluare a ignorat răspunsul nr. 1212/19.04.2017, prin care se arăta că „SC ...SA deține Licența de exploatare nr. 5568, emisă de către Agenția Națională pentru Resurse Minerale Bucureşti la data de 07.09.2004, (...) care este în vigoare până la data 07.09.2024";

- este netemeinică, deoarece comisia de evaluare nu a verificat informația că furnizorul SC ...SA deține licența de exploatare și nu a consultat lista *„Licențe active în procedură de aprobare*" publicată de ANMR pe site-ul propriu www.anmr.ro, unde aceasta figurează la pagina 9/18.

Contestatoarea precizează că licența este valabilă, subliniind faptul că lista în cauză se numeşte „Licențe active ...", iar în adresa nr. 67/19.04.2017 furnizorul a arătat că această licență *„este în vigoare până la data 07.09.2024".*

De asemenea, consideră că decizia este nelegală, întrucât se bazează pe o cerință nelegală, respectiv aceea de a furniza „permis de exploatare valabil"*,* aceasta ar însemna încălcarea secretului de serviciu, informațiile din permisele/licențele de explorare/exploatare fiind informații clasificate.

Informațiile și datele referitoare la exploatarea rocilor utile, inclusiv a celor utilizate în constructii, fac parte din Fondul Geologic Național și sunt informații clasificate (Legea minelor nr. 85/2003 - art. 2 alin. (1) și Norma pentru aplicarea Legii minelor nr. 85/2003 - art. 1, 3, 7, iar gestionarea acestor informații se face conform Legii nr. 182 din 12 aprilie 2002 privind protecția informațiilor clasificate (actualizată).

Faptul că licența de exploatare reprezintă secret de serviciu a fost adus la cunostința autorității contractante prin adresa nr. 67/ 19.04.2017, dar această informație a fost ignorată.

Decizia este netemeinică, deoarece se bazează pe un argument restrictiv, acela că: „operatorul economic SC ... SRL nu a făcut dovada permisului de exploatare pentru producătorul SC ...SA", când, de fapt, furnizorul în cauză deține licența de exploatare.

Comisia de evaluare ignoră că, în conformitate cu prevederile Legii minelor nr. 85/2003, un operator economic poate exploata resurse minerale atât în baza unui permis de exploatare, cât și a unei licențe.

Diferențele între un permis și o licență de exploatare, precizate în aceasta lege, sunt:

(i) Resursele minerale

Titularilor de licențe li se permite exploatarea oricărei resurse minerale precizate în Legea nr. 85/2003, iar deținătorii de permis de exploatare pot extrage doar roci utilizabile în construcții, acumulări de turbă sau aur din aluviuni - Legea 85/2003, art. 2 alin. (1) și art. 28 alin. (1); Instrucțiunea ANRM privind eliberarea permiselor de exploatare din 30.04.2009, art. 1 alin. (1).

(ii) Valabilitatea

Permisul de exploatare are o valabilitate de numai 1 an, pe când licența de exploatare are o durată mai mare, de până la 20 de ani - Legea nr. 85/2003, art. 28 alin. (1) și art. 20 alin. (2).

(iii) Cantitatea resurselor extrase

Permisul de exploatare se acordă pentru cantități determinate, pe când licența de exploatare nu limitează cantitativ extracția, titularul fiind doar obligat sa plătească o redevență corespunzătoare - Legea 85/2003, art. 28 alin. (1) și art. 20 alin. (3).

Contestatoarea apreciază că, comisia de evaluare ignoră prevederile legale privind remediile şi căile de atac în materie, deoarece prin afirmația din adresa nr. 11276/24.04.2012: *„În cazul în care vă considerați parte vătămată, puteți sesiza CNSC",* se încalcă prevederile Legii nr. 101/2016, art. 6 alin. (1), care obligă, ca etapă intermediară, încercarea de mediere directă în baza unei notificări prealabile.

Decizia este nelegală, deoarece se bazează pe o cerință, aceea de a solicita *„permis de exploatare valabil"* pentru furmizorul de agregate minerale, care, în opinia sa, este:

- abuzivă, deoarece ... se substituie ANRM, în a verifica respectarea prevederilor legale aplicabile de către operatorii economici care sunt implicați în exploatarea de resurse minerale;
- tardivă, deoarece solicitarea ca producătorul să fie autorizat nu a existat in documentația de atribuire, iar prin introducerea unei noi cerințe s-au creat în mod arbitrar premizele unui dezavantaj față de ceilalți oiertanți, ceea ce contravine prevederilor art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016;
- restrictivă, deoarece cerința limitează posibilitatea de achiziționare a agregatelor minerale numai de la producător, discriminând astfel operatorii economici care doar comercializează aceste produse și încălcându-se astfel prevederile art. 2 și art. 49 din Legea nr. 98/2016 privind nediscriminarea și tratamentul egal;
- netemeinică, întrucât permisul de exploatare emitându-se pentru o durată de maxim 1 an, iar durata contractului conform fișei de date este de 16 luni, rezultă că nici unul dintre ofertanți, respectiv dintre furnizorii/producătorii lor de agregate minerale, nu poate respecta cerința pe toată perioada de execuție;
- neaplicabilă, deoarece o parte dintre materialele pentru care s-a solicitat permis de exploatare nu intră sub jurisdicția ANRM, care vizează extracția resurselor minerale, și nu prelucrarea acestor resurse. Astfel, piatra spartă este un produs rezultat în urma concasării, spălării și,

eventual, sortării, pietrei brute provenită din cariere sau balastiere, iar nisipul poate fi utilizat atât nespălat, așa cum este extras, sau poate fi sortat și spălat într-o stație de sortare.

Prin contestația nr. 3173/09.05.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 18175/11.05.2017, înaintată de SC ... SRL, atacă rezultatul procedurii de atribuire, transmis cu adresa nr. 11286/26.04.2017, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

După ce precizează că, prin comunicarea rezultatului evaluării DUAE nr. 11105/10.04.2017, autoritatea contractantă a declarat oferta contestatoarei admisibilă, în etapa de evaluare a propunerii tehnice autoritatea contractantă i-a transmis solicitarea de clarificări nr. 11160 / 13.04.2017, prin intermediul căreia, în urma analizei ofertei tehnice, cu privire la informațiile Tabel Detalii Producător, i-a solicitat următoarele:

„(...) să furnizați *Permisul Exploatare valabil asupra Balast de râu sortat şi nesortat, nisip, sort 4-8, sort 8-16,* ***pentru producătorul*** *SC ...SRL, Permisul Exploatare valabil pentru piatră spartă, Piatră brută* ***la producătorul*** *SC ... SRL, Certificate de conformitate* ***la*** *Tuburi pentru podețe* ***pentru producătorul*** *SC ... SRL* ***şi*** *certificate de confromitate* ***la*** *beton pentru producătorul SC ...SRL.* ***La cele menționate mai sus vă rugăm să ne încărcați*** *Formularul C5/F3 fără valori."*

Cu adresa nr. 2606/18.04.2017, contestatoarea a răspuns solicitării de clarificări, transmițând documentele solicitate de autoritatea contractantă.

Astfel, SC ...SRL, în calitate de subcontractant, a formulat comunicarea nr. 521/18.04.2017, prin intermediul căreia a înaintat toate documentele solicitate şi a oferit justificări pertinente în legătură cu lipsa celor două permise de exploatare pentru cei doi producători: SC ...SRL şi SC ... SRL.

Ulterior, prin adresa nr. 11286/26.04.2017, autoritatea contractantă i-a comunicat rezultatul etapei de evaluare a propunerii tehnice, prin care a declarat oferta ca inacceptabilă, în baza art. 137 alin. (2) lit. b), fără a menționa actul normativ din care face parte respectivul articol, pe motivul că *"prin documentele transmise de operatorul economic, SC ... SRL nu a făcut dovada permisului de exploatare pentru producătorul SC ...SRL, permisul de exploatare nr. 18850 fiind valabil până la data de 16.02.2017. SC ... SRL nu a făcut dovada nici pentru permisul producătorului SC ... SRL, acesta din urmă făcând doar dovada deținerii pe stoc a cantității de piatră necesară pentru execuția lucrării. Comisia de evaluare a decis că nu s-a răspuns la solicitările transmise."*

Pentru a ne putea exprima punctul de vedere şi argumentele aduse pentru întocmirea prezentei notificări prealabile, vom considera articolul invocat ca făcând parte din Normele metodologice şi de aplicare a legii 98/2016 adoptate prin intermediul HG 395/2016.

Contestatoarea precizează că a formulat notificarea prealabilă nr. 2956/02.05.2017, la care autoritatea contractantă nu a transmis un răspuns în sensul luării sau nu a măsurilor de remediere solicitate.

SC ... SRL arată că justifică un interes legitim, actual şi direct pentru formularea prezentei contestații. Interesul este născut de la data depunerii ofertei şi a fost lezat prin adoptarea de către autoritatea contractantă a unor măsuri care încalcă dispozițiile legale aplicabile în materia achizițiilor publice.

Invocând prevederile art. 8 din Legea nr. 101/2016, contestatoarea, în calitate de ofertant în procedura de achiziție, justifică interesul în atribuirea contractului, iar, pe de altă parte, vătămarea este evidentă de vreme ce oferta depusă a fost respinsă ca neconformă, întrucât explicațiile şi documentele prezentate "sunt neconcludente" în raport cu solicitările comisiei de evaluare, în condițiile în care oferta sa îndeplinea toate condițiile prevăzute atât de legislația în vigoare, cât şi de Fişa de date a achiziției.

SC ... SRL opinează că autoritatea contractantă i-a respins în mod eronat oferta ca neconformă, în condițiile în care aceasta întruneşte toate cerințele legale în ceea ce priveşte aspectele legate de permisele de exploatare şi stocurile aferente.

În primul rând, temeiul juridic (art. 137 alin. (2) lit. b) invocat de autoritatea contractantă în declararea ofertei ca inacceptabilă nu este corect, oferta contestatoarei fiind declarată admisibilă în urma analizării DUAE, prin comunicarea autorității contractante nr. 11105/10.04.2017.

În ceea ce priveşte prima parte a temeiului juridic invocat, se reține faptul că ofertantul SC ... SRL nu ar îndeplini una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire, contestatoarea consideră că această afirmație este una eronată, deoarece, practic, autoritatea contractantă nu a declarat oferta contestatoarei ca inacceptabilă pe motivul că operatorul economic SC ... SRL nu ar îndeplini unul dintre criteriile enumerate mai sus, ci pe motivul că un subcontractant (SC ...SRL care nu are calitatea de ofertant) şi un furnizor al subcontractantului (SC ... SRL) nu ar îndeplini unul dintre criterii. Judecând după "litera legii", contestatoarea consideră nejustificat temeiul juridic invocat de autoritatea contractantă.

În al doilea rând, menționează că, în conformitate cu prevederile legale în vigoare (Legea nr. 98/2016 si Normele metodologice din HG nr. 395/20016), atât subcontractantul SC ...SRL, cât şi furnizorul acestuia SC ... SRL, au făcut dovada îndeplinirii criteriilor de calificare.

Astfel, art. 137 alin. (2) lit. b) este necesar a fi coroborat cu art. 29 alin. (1) din HG 395/2016 care statuează că scopul criteriilor de calificare este acela al demonstrării potențialului tehnic, potențial care sa reflecte posibilitatea concretă a operatorului economic de a îndeplini contractul.

Or, în situația de față, acest potențial este demonstrat prin deținerea materialelor necesare execuției contractului pe stoc, atât de către subcontractantul SC ...SRL, cât şi de către furnizorul SC ... SRL.

Lipsa permiselor de exploatare nu atrage după sine şi lipsa demonstrării potențialului de a îndeplini contractul, dovada deținerii respectivelor materiale pe stoc îndeplinind într-un mod cât se poate de clar scopul criteriilor de calificare.

Demonstrarea stocurilor disponibile de către subcontractantul contestatoarei şi de către furnizorul acestuia s-a realizat încă din faza solicitărilor de clarificări şi a răspunsului oferit, la care s-au ataşat atât răspunsul la clarificare nr. 521/18.04.2017 cu anexa nr. 2 "Raport privind activitatea de exploatare" din partea SC ... SRL, cât şi răspunsul SC ... SRL înregistrat la subcontractant cu nr. 520/18.04.2017, prin care demonstrează că deține pe stoc camtotatea de 9.157 to piatră exploatată, ataşând fişa produsului şi balanța analitică a contului de produse finite. Esențial de reținut este faptul că prin documentele amintite mai sus, stocul demonstrat satisface pe deplin necesarul de materiale pentru îndeplinirea contractului.

Totodată, potrivit antecontractul de vânzare-cumpărare nr. 225/ 20.02.2017, încheiat între SC ... SRL în calitate de Promitent Vânzător şi SC ...SRL în calitate de Promitent Cumpărător dovedeşte faptul că totalul cantității de piatră spartă deținut pe stoc (9.157 tone) va fi indisponibilizat cu scopul exclusiv de a fi furnizat subcontractantului SC ...SRL, în situația în care oferta va fi declarată câştigătoare.

Nu în ultimul rând, în legătură cu deținerea permiselor de exploatare, contestatoarea menționează că acestea se eliberează anual, fără drept de reînnoire, conform prevederilor art. 7 din Instrucțiunea din 30.04.2009, privind eliberarea permiselor de exploatare, dar aceasta nu înseamnă că SC ...SRL nu poate şi nu va proceda la întreprinderea demersurilor necesare pentru eliberarea unui nou permis de exploatare. Faptul că furnizorul nu are drept de reînnoire a permisului de exploatare în vigoare nu conduce la situația de a nu comercializa produse deja exploatate şi aflate pe stoc, chiar după data expirării valabilității permisului de exploatare în vigoare.

Producătorul SC ...SRL a făcut dovada existenței unui permis de exploatare a materialelor necesare lucrărilor ce urmează a fi executate care a fost valabil, urmând a efectua demersurile pentru dobândirea unui nou permis de exploatare, demersuri care nu pot fi efectuate cât timp există deja un permis de exploatare valabil pentru acelaşi perimetru şi pentru acelaşi tip de materiale. Pentru materialele deja exploatate, SC ...SRL a plătit redevența aferentă, fiind autorizat de ANRM.

În plus, fiind ținută să evalueze ofertele în funcție de cerințele impuse în cadrul documentației de atribuire, autoritatea contractantă nu poate recurge, pe parcursul evaluării ofertelor la aplicarea unor alte cerințe necuprinse în documentația de atribuire, solicitând în mod abuziv prezentarea unor noi permise de exploatare la o perioadă scurtă după expirarea valabilității celor anterioare, dat fiind faptul că procedura obținerii unui nou permis de exploatare este una "stufoasă", care necesită timp.

Prin adresa nr. 11655/29.05.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 21474/31.05.2017, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca fiind netemeinică și nelegală.

Autoritatea contractantă apreciază că decizia comisiei de evaluare, transmisă cu adresa nr. 11276/24.04.2017 către SC ... SRL, este legală și temeinică, oferta acesteia fiind declarată ca inacceptabilă, deoarece prin fișa de date a achiziției s-a cerut să se completeze "Tabel Detalii Producător" unde se solicită să se menționeze autorizația în baza căreia producătorul poate exploata.

Comisia de evaluare a luat decizia să solicite tuturor ofertanților clarificări în ceea ce privește conținutul acestui "Tabel Detalii Producător", prin aceea că fiecare ofertant să depună ca justificare autorizația de exploatare, aceasta constând în "Permis de exploatare".

SC ... SRL a răspuns precizând că producătorul SC ...SA i-a transmis o adresă (nr. 67/19.04.2017) prin care a specificat că deține licență de exploatare valabilă până la data de 07.09.2024, aceasta fiind în procedura de avizare/aprobare la momentul depunerii.

Autoritatea contractantă precizează că decizia comisiei de evaluare de a nu lua în considerare această licență s-a datorat faptului că, la momentul depunerii ofertelor, licența de exploatare era în procedura de avizare/aprobare, existând posibilitatea ca această licență să nu mai fie avizată/aprobată.

Autoritatea contractantă menționează că a verificat pe site-ul ANRM (http://www.namr.ro), în secțiunea "Licențe active de exploatare în procedură de aprobare", unde SC ...SA era menționată, dar neavizată/neaprobată la momentul depunerii răspunsului la solicitarea autorității contractante prin adresa nr. 11276/ 24.04.2017 (nefiind aprobată nici la această dată).

Legat de afirmația din contestație, că decizia comisiei de evaluare ar fi tardivă, autoritatea contractanta arată că solicitarea permisului de exploatare a avut la bază „Tabelul Detalii Producător”, în conținutul acestuia, la poziția 7, fiind specificat „declarație sau autorizație”, aceasta presupunând menționarea de date valide în acest sens.

Sub un alt aspect, nici susținerea contestatoarei cum că autoritatea contractantă nu a luat masuri de remediere în vederea evitării excluderii din procedura de atribuire este nejustificată, întrucât inexistența unui document esențial care să ateste calificarea specifică a ofertantului (lipsa permisului de exploatare) nu se putea remedia în termenul stabilit de lege (art. 6 alin. (5) din Legea nr. 101/2016).

Autoritatea contractantă apreciază că nu a creat în mod arbitrar premisele unui dezavantaj față de ceilalți ofertanți, autoritatea solicitând tuturor participanților aceleași documente.

Nu este restrictivă solicitarea de a completa "Tabelul Detalii Producător", care este în conformitate cu Notificarea ANAP din 1 iunie 2011, acesta putând fi completat de orice ofertant (producător/furnizor/

comerciant) deoarece tabelul trebuie să conțină detalii de la producător pentru produsele în cauză.

Aspectul din contestație cum că decizia este netemeinică nu se justifică pentru că în momentul desemnării ofertantului câștigător, acesta are documentele valabile, fiind responsabilitatea lui de a asigura buna derulare a contractului.

Prin adresa nr. 11680/30.05.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 21475/31.05.2017, ... a transmis punct de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca fiind netemeinică și nelegală.

Autoritatea contractantă arată că oferta SC ... SRL a fost respinsă ca inacceptabilă dar și pe motivul de neconformitate prevăzut în mod expres de art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016.

Motivul de neconformitate reținut se referă la nerespectarea specificațiilor tehnice prin faptul că nu a făcut dovada că deține/are pe stoc sau este în curs de a procura toate materialele necesare realizării lucrării ce urmează a fi contractată.

Din documentele depuse de SC ... SRL rezultă că, SC ...SRL (asociatul SC ... SRL), în data de 20.02.2017, a încheiat cu SC ... SRL un ante-contract de vânzare-cumpărare, pentru cantitatea de 9.157 tone piatră spartă - material necesar și prevăzut în formularul F3/C5 de cantități, cu obligația ca în 3 luni să încheie contractul de vânzare-cumpărare.

Autoritatea contractantă consideră că acest ante-contract nu face dovada și nu oferă certitudinea deținerii de către SC ...SRL a cantității de piatră spartă necesară lucrării, deoarece conform art. 1674 Cod Civil "Cu excepția cazurilor prevăzute de lege, ori dacă, din voința părților nu rezultă contrariul, proprietatea se strămută de drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă", ori, în situația de față, nu există un contract de vânzare de piatrăi spartă care să certifice dreptul de proprietate al cumpărătorului.

Autoritatea contractantă și chiar SC ... SRL sunt terți față de promitenții SC ... SRL și SC ...SRL în sensul art. 1281 Cod Civil: „Terții se pot prevala de efectele contractului însă fără a avea dreptul de a cere executarea lui”.

Motivele de respingere a ofertei ca inacceptabilă și neconformă nu puteau fi remediate întrucât deficiențele constatate nu se încadrează în completările sau remediile prevăzute la art. 209 și art. 210 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Sub un alt aspect, Permisul de exploatare cerut în baza Tabelului detalii producător era expirat la data de 15.02.2017, comisia de eveluare considerând că acesta nu putea fi reînnoit în termen util valabilității ofertei și nu există nicio certitudine că acest permis de exploatare ar mai fi fost reactualizat de către ANRM.

Nu în ultimul rând, autoritatea contractantă precizează că oferta a fost depusă de Asocierea SC ... SRL - SC ...SRL, în condițiile în care existența vreunei cauze de excludere sau neconformitate aplicabilă vreunuia dintre asociați, atrage excluderea pentru neconformitate și a celuilalt asociat.

În sens procedural, doar liderul asociat SC ... SRL a formulat contestația și nu a făcut-o în numele Asocierii, fără ca acordul de asociere sa fie încheiat prin act autentic și înregistrat, acord de asociere din care nu rezultă niciun mandat special de reprezentare judiciară al unui asociat pentru celălalt asociat.

În aceste condiții, autoritatea contractantă solicită Consiliului să constate inadmisibilitatea contestației, SC ...SRL neformulând în termen legal contestație în nume propriu.

Față de susținerile părților şi de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

În vederea atribuirii contractului de „...”, cod CPV: ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat şi documentația de atribuire. Criteriul de atribuire a contractului este „prețul cel mai scăzut”, valoarea estimată fiind de ... lei, fără TVA.

În etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit, printre altele, procesul-verbal nr. 3523/24.04.2017, potrivit căruia ofertele celor două contestatoare au fost respinse ca inacceptabile, în temeiul art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Comunicarea acestei decizii s-a efectuat astfel:

- cu adresa nr. 11226/24.04.2017, către SC ... SRL
- cu adresa nr. 11286/26.04.2017, către SC ... SRL.

Nemulțumite de decizia prin care autoritatea contractantă a respins ca inacceptabile ofertele lor, SC ... SRL și SC ... SRL au înaintat contestațiile în cauză, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât și pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL și SC ... SRL.

La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

De asemenea, Consiliul are în vedere excepția inadmisibilității contestației formulate de SC ... SRL, invocată de autoritatea contractantă, asupra căreia se va pronunța, cu întâietate, așa cum

impun dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit cărora: *„Consiliul se pronunţă mai întâi asupra excepţiilor de procedură şi de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai* procedează la analiza pe fond a cauzei”, motivat de faptul că doar SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii ... a promovat contestația în analiză, iar „SC ...SRL nu a formulat în termen legal contestație în nume propriu”.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere, pe de o parte, că respectiva contestație este formulată de SC ... SRL în nume propriu și nu în numele vreunei asocieri, iar pe de altă parte, că dispozițiile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, stabilesc că „oricare din membrii unei asocieri a unor operatori economici, fără personalitate juridică, poate formula orice cale de atac reglementată de prezenta lege”.

Prin urmare, întrucât contestația nr. 3173/09.05.2017 înregistrată la CNSC cu nr. 18175/11.05/2017 a fost semnată de reprezentantul legal ... nu se poate face vorbire de o inadmisibilitate a ei. Pe cale de consecință, Consiliul respinge ca nefondată excepția invocată de autoritatea contractantă.

În ceea ce privește contestația formulată de SC ... SRL, Consiliul constată că motivul de respingere, potrivit adresei nr. 11226/24.04.2017, este următorul: *„(...) prin documentele transmise ... nu a făcut dovada permisului de exploatare pentru producătorul SC ...SA, iar licența de exploatare este în curs de avizare conform adresei nr. 67/19.04.2017 a SC ...SA către ofertantul SC ... SRL*”.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. IV.4.1)- *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, pct. 3, se solicită: *„3. Se va prezenta TABEL DETALII PRODUCATOR pentru urmatoarele materialele: produse de cariera si balastiera (piatra sparta, balast, nisip), tuburi pentru podete, beton de ciment (conform Notificarii ANAP din 1 iunie 2011). (...)”,* tabel care conține printre altele și rubrica „Declarație sau autorizație”.

Din analiza dosarului cauzei, Consiliul constată că autoritatea contratantă, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 8/2016, prin adresa nr. 11166/13.04.2017, a solicitat SC ... SRL: „(...) privind informațiile Tabel Detalii Producător, vă rugăm să furnizați Permisul exploatare valabil asupra Pietrei sparte, nisip, și balast pentru producătorul SC ...SA (...)”.

Răspunsul SC ... SRL a fost comunicat autorității contractante cu adresa nr. 1212/19.04.2017, în conținul căreia, la pct. 2 a menționat: „Anexăm Adresa nr. 67/19.04.2017 a SC ...SA referitoare la exploatarea pietrei sparte, nisipului și balastului”. Adresa invocată anterior cuprinde următoarele informații:

„Referitor la adresa prin cate ne solicitati *Permisul de Exploatare valabil asupra Agregatelor naturale de cariera, concasate si sortate -- Cariera lardastita Mare* in vederea participării la licitatia avand obiect *...* va informam ca: ...SA deţine Licenţa de concesiune pentru exploatare nr.

5568, emisa de catre Agenţia Naţionala pentru Resurse Minerale Bucureşti la data de 07.09.2004, pentru exploatarea zacamantului de granit din perimetrul ..., care este in vigoare pana la data 07.09.2024 si este in curs de avizare in vederea publicării in Monitorul Oficial al României. Avand in vedere ca documentul solicitat este Secret de serviciu nu va putem oferi copie dupa Licenţa de exploatare a zacamantului de granit din perimetrul ..."

Din informații transmise de contestatoare, Consiliul reține, pe de o parte, că furnizorul/producătorul SC ...SA deține licența nr. 5568/07.09.2004, care este în vigoare până la data de *07.09.2024*, iar pe de altă parte, că este în *curs de avizare*. Prin urmare, fiind în curs de avizare licența, conform propriei declarații, SC ...SA nu deține *Permisul de Exploatare valabil asupra Agregatelor naturale de cariera, concasate si sortate*.

Potrivit art. 3 pct. 17 din Legea minelor nr. 85/2003 (act normativ invocat și de contestatoare), licența reprezintă *„actul juridic prin care se acordă concesionarea/darea în administrare a activităţilor miniere de explorare/exploatare",* iar permisul de exploatare stabilit la pct. 22 al aceluiași articol*,* reprezintă *„actul juridic emis de autoritatea competentă prin care se acordă dreptul de exploatare a unor cantităţi determinate de roci utile, turbă şi aur aluvionar, în condiţiile art. 28 şi 30".*

De asemenea, dispozițiile art. 20 alin. (2) din același act normativ prevăd că licența de exploatare se acordă *„pentru maximum 20 de ani, cu drept de prelungire pe perioade succesive de câte 5 ani", iar* dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea minelor prevăd: *„Rocile utilizabile în construcţii şi acumulările de turbă pot fi extrase de către persoane fizice sau juridice în cantităţi determinate, pe termen de până la un an şi pe bază de permis de exploatare emis de autoritatea competentă (...)."*

Față de cele prezentate anterior, Consiliul constată că, pentru exploatarea agregatelor (în cazul de față piatră spartă, nisip balast) nu este suficientă doar deținerea Licenței de exploatare (care și aceasta este în curs de avizare), dacă nu este însoțită de permisul de exploatare ce conține *cantitățile determinate* ce vor fi exploatate.

Prin urmare, raportat la conținutul *TABELULUI DETALII PRODUCATOR* rubrica „Declarație sau autorizație", Consiliul reține că societatea contestatoare, pentru îndeplinirea cerinței trebuia să prezinte, pentru producătorul SC ...SA, permisul de exploatare și nu licența de exploatare, licența care, așa cum susține SC ...SA, ar avea caracter de *secret de serviciu*. Or, potrivit afirmației contestatoarei, susținută de textul din adresa nr. 67/19.04.2017, licența de exploatare nu este avizată, iar permisul de exploatare nu există.

În aceste condiții, este evident că SC ...SA nu deține, la acest moment, un document care s-ar putea susbstitui autorizației, așa cum s-a solicitat în *TABEL DETALII PRODUCATOR.*

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere faptul că simpla declarație a unui producător/furnizor etc., potrivit căreia deține

un document care are caracter *secret de serviciu* nu poate fi luată în considerare, în condițiile în care nu există niciun act doveditor în acest sens. Mai mult, faptul că un document se află în curs de avizare nu poate fi confundat cu însăși avizarea lui, existând posibilitatea neavizării/neaprobării lui. Cu alte cuvinte procedura de avizare/ autorizare a unui act nu certifică și aprobarea lui.

În ceea ce privește observația contestatoarei potrivit căreia decizia autorității contractante ar fi nelegală, pe motiv că „solicitarea ca producătorul să fie autorizat nu a existat în documentația de atribuire", Consiliul o respinge ca neîntemeiată, deoarece, în fișa de date, care face parte integrantă din documentația de atribuire, așa cum stabilește art. 20 alin. (1) lit. a) din HG nr. 395/2016, la cap. IV.4.1)- *Modul de prezentare a propunerii tehnice*, pct. 3, se solicită depunerea unui tabel cu detalii pentru producător, care să prezinte și *Declarație sau autorizație*. Mai mult, Consiliul are în vedere și faptul că societatea contestatoare nu a avut nicio obiecțiune care să vizeze adresa de solicitare de clarificare nr. 11166/13.04.2017, astfel că, alegând să răspundă prezentând informații raportat la conținutul acesteia, a acceptat-o ca atare.

De asemenea, Consiliul constată că este neîntemeiată și afirmația contestatoarei potrivit căreia „comisia de evaluare a ignorat obligația sa legală de a solicita clarificări înainte de a lua o decizie de respingere a ofertei, obligație statuată prin art. 134, alin. (2) din HG nr. 395/2016", deoarece, pe de o parte, i-au fost solicitate lămuriri cu privire la aceste aspecte, iar pe de altă parte că, alături de norma legală de mai sus, invocată de contestatoare, autoritatea contractantă are obligația de a se raporta și la dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, care stabilesc: *„Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/ completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat."*

Totodată, Consiliul respinge ca tardive criticile legate de faptul că cerința este restrictivă și limitează posibilitatea de achiziționare a agregatelor minerale numai de la producător, raportat la art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 sau la art. 6 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 101/2016. Prin urmare, neuzând de normele legale invocate, se prezumă că, prin depunerea ofertei, societatea contestatoare a înţeles conţinutul întregii documentaţii de atribuire, inclusiv al actului denumit *TABEL DETALII PRODUCATOR,* fiind obligată să se conformeze acesteia, așa cum dispun prevederile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016: „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)".

Or, în condițiile în care nu a prezentat documente care să fie în concordanță cu tabelul în discuție, SC ... SRL a riscat ca oferta sa să fie respinsă în baza dispozițiilor art. 137 alin. (2) lit. b) din Legae nr. 395/2016.

Referitor la contestația aparținând SC ... SRL, Consiliul constată că motivul de respinge ca inacceptabilă a ofertei acesteia este similar ofertei SC ... SRL, respectiv: „(...)*in urma analizarii ofertei tehnice prind solicitările transmise prin adresa 11160/13.04.2017, comisia de evaluare a constatat prin documentele transmise ca operatorul economic S.C. ... S.R.L. nu a făcut dovada permisului de exploatare pentru producătorul S.C. ...S.R.L. permisul de exploatare nr. 18850 fiind valabil pana la data de 16.02.2017. S.C. ... S.R.L. nu a făcut dovada nici pentru permisul producătorului S.C. ... S.R.L., acesta din urma facand doar dovada deţinerii pe stoc a cantitatii de piatra necesara pentru execuţia lucrării. Comisia de evaluare a decis ca nu s-a răspuns la solicitările transmise."*

Verificând dosarul cauzei, Consiliul constată că și în cazul acestui ofertant, autoritatea contractantă, prin adresa nr.11160/13.04.2017, a solicitat, raportat la Tabelul Detalii Productor, să „furnizați Permisul de Exploatare valabil pentru Balast de râu ... pentru producătorul *SC ...SRL...* Permisul de Exploatare valabil pentru Piatră spartă, Piatră brută pentru producătorul *SC ... SRL (...)".*

SC ... SRL a comunicat adresa nr. 2606/18.04.2017, anexând permisul de exploatare nr. 18850 din 15.02.2016, valabil până la 15.02.2017 (pct. 3), emis pe numele SC ...SRL*,* iar pentru producătorul SC ... SRL a prezentat adresa nr. 520/13.04.2017, prin care acesta din urmă informează că „are în stoc piatră exploatată în anii precedenți în cantitate de 9157 to".

Având în vedere cele prezentate anterior, Consiliul constată că:

- permisul de exploatare al SC ...SRL a avut data de valabilitate *15.02.2017*, adică înainte de data de depunere a ofertelor, care a fost *02.03.2017,* și a avut ca obiect exploatarea unei cantități de *21890 mc de nisip și pietriș*;

- adresa nr. 520/13.04.2017, emisă de SC ... SRL, pe de o parte, are ca destinatar SC ...SRL și nu ofertantul contestator SC ... SRL, iar pe de altă parte, confirmă că are în stoc o cantitate de 9157 to – *piatră spartă*, la care nu a prezentat nici un permis de exploatare în acest sens.

Prin urmare, Consiliul nu reține ca fiind întemeiată afirmația contestatoarei potrivit căreia „SC ...SRL în calitate de subcontractant", ar deține materiale în stoc, deoarece, conform actelor existente la dosarul cauzei, SC ...SRL a avut permisul de exploatare, chiar și expirat, pentru nisip și pietriș și nu pentru piatra spartă, balanța analitică pentru piatra spartă fiind prezentată de un alt operator economic (SC ... SRL), care nu a prezentat niciun permis în acest sens.

De altfel, Consiliul constată că explicațiile și documentele prezentate de contestatoare nu au fost conforme solicitării de clarificări (care nu a fost contestată, deci conținutul ei a fost înțeles), formulată de autoritatea contractantă, SC ... SRL fiind obligată să prezinte explicații clare, precum și actele care i-au fost cerute, astfel încât să poată demonstra corectitudinea completării *TABELULUI DETALII PRODUCATOR*, cu privire la *declarație sau autorizație*.

Cu privire la susținerea contestatoarei referitoare la modul de eliberare al permisului de exploatare, în sensul că SC ...SRL ar putea să procedeze la inițierea demersurilor pentru eliberarea unui nou permis de exploatare, Consiliul are în vedere explicațiile pe care le-a dat în soluționarea contestației formulate de SC ... SRL, cu privire la regimul actelor care se află în procedura de avizare.

Pe baza aceluiași raționament, Consiliul face trimitere la justificările expuse în soluționarea contestației precedentă și în ceea ce privește criticile contestatoarei SC ... SRL asupra conținutului cerințelor, care fac parte din documentația de atribuire, pe care le consideră abuzive.

Luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul respinge, ca nefondate, contestaţiile formulate de, SC ... SRL și SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi, în conformitate cu dispoziţiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 şi poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din acelaşi act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca nefondate, contestaţiile formulate de SC ... SRL și SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţi.

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

PREȘEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**

Redactată în 5(cinci) exemplare, conține 16(șaisprezece) pagini.