CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.310.46.42 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. 1376/19.06.2017, , transmisă prin fax, mijloace electronice (e-mail) și în original (prin poștă), înregistrată la Consiliu sub nr. 24367/19.06.2017, nr. 24379/19.06.2017 și nr. 24727/21.06.2017, SC ...SRL, cu sediul în ...., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub ...., având CIF RO ..., reprezentată legal de administrator ...., a contestat adresa nr. 582/06.06.2017, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii și, respectiv, raportul procedurii, documente emise în cadrul procedurii de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare drumuri rurale în localitatea ..., comuna ..., județul ...", cod CPV 45233120-6 (Rev. 2), organizată de COMUNA ...(PRIMARIA COMUNEI ...), în calitate de autoritate contractantă, cu sediul în comuna ..., județul ...și a solicitat:

„1. anularea în parte a comunicării privind rezultatul procedurii nr. 582/06.06.2017 și a raportului procedurii, în ceea ce privește respingerea ca inacceptabilă a ofertei subscrisei;

2. reluarea procedurii din faza de evaluare a ofertelor, reevaluarea ofertei subscrisei cu luarea în considerare a motivelor care determină declararea ofertei subscrisei drept admisibilă;

3. continuarea procedurii, cu întocmirea raportului procedurii și desemnarea ofertei câștigătoare dintre ofertele declarate admisibile, conform legislației aplicabile, criteriilor de atribuire".

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

În fapt, contestatoarea arată că prin comunicarea privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă i-a adus la cunoștință faptul că

oferta sa este inacceptabilă, conform art. 201 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016, pentru că s-au prezentat în oferta financiară „prețuri neobişnuit de scăzute la unele materiale și utilaje, iar cu răspunsul la clarificările solicitate subscrisa ar fi transmis un precontract cu societatea ...SRL", autoritatea contractantă concluzionând că „ar exista indicii temeinice de încercare de fraudare a procesului de achiziţie din partea subscrisei, prin prezentarea unor documente justificative fără acoperire, emise doar pentru a crea o aparență de legalitate a sumelor prezentate în oferta financiară".

Contestatoarea susține că atât raportul procedurii cât și comunicarea privind rezultatul procedurii sunt netemeinice și nelegale în ceea ce privește evaluarea și respingerea ofertei acesteia ca inacceptabilă, considerând că „motivele invocate nu au nici o legătură cu temeiurile legale indicate", oferta sa fiind conformă.

Contestatoarea învederează faptul că, autoritatea contractantă a mai încercat să-i respingă oferta, iar CNSC a sancționat prompt derapajele autorității contractante prin Decizia nr. .../.../.../21.04.2017.

Astfel, contestatoarea apreciază că, afirmațiile din comunicarea rezultatului procedurii și din raportul procedurii, reprezintă simple opinii personale, subiective, fără niciun fel de suport faptic și legal, constituind expresia dorinței autorității de a respinge oferta și, probabil, de a atribui contractul de achiziţie publică unui anumit ofertant.

Referitor la susținerile autorității contractante potrivit cărora *„Comparativ cu prețurile din piață, prețurile prezentate de ofertantul ...sunt și cu peste 50% mai mici chiar și fără costul transportului inclus sau al costului cu operatorii de pe utilaje, fiind imposibil de asigurat chiar și de operatorii ce dețin propriile mijloace de producție și propriul parc de utilaje"* și că *„Ofertantul încearcă astfel să creeze o structură de tip carusel formată dintr-o suită de contracte/precontracte între diferite societăți, iar în acest fel să justifice imposibilitatea prezentării calculației de cost cerută de comisia de evaluare",* contestatoarea susține că acestea sunt simple afirmații, nefiind probate în vreun fel.

Contestatoarea susține că, prin fișa de date a achiziției nu s-a impus cerința deținerii de către potențialii ofertanți, în proprietate, a utilajelor și mijloacelor de transport necesare executării contractului, la evaluarea ofertei SC ...SRL autoritatea contractantă impunând o nouă cerință de calificare, neprevăzută de documentația de atribuire, respingând oferta pentru temeiuri care nu există în fișa de date a achiziției.

În acest context, contestatoarea susține că, înscrisurile pe care le-a prezentat cu privire la raporturile contractuale cu SC ...SRL au puterea probatorie prevăzută de lege, convențiile având putere de lege între părțile contractante. Aceste înscrisuri atestă, până la desființarea lor de către instanța competentă, că SC ...SRL va dispune de toate utilajele și mijloacele de transport necesare pentru executarea lucrărilor, la costurile ofertate de ...SRL.

Contestatoarea învederează faptul că, în mod constant, Consiliul s-a pronunțat asupra valorii și efectelor juridice ale contractelor/

precontractelor de închiriere de utilaje și mijloace de transport, invocând în acest sens practică a CNSC.

Împrejurarea că ...SRL a justificat materialele și utilajele prezentând la rândul său alte contracte de închiriere încheiate cu terțe societăți nu are nicio relevanță, întrucât nici ...SRL nu are obligația de a deține în proprietate utilaje, aceasta având libertate contractuală și libertatea de a-și decide singură strategia comercială, în sensul cumpărării de utilaje sau închirierii de la terți furnizori.

Contestatoarea consideră, totodată, că, prin modul în care au acționat, autoritatea contractantă, comisia de evaluare și expertul cooptat și-au depășit atribuțiile legale și au încălcat principiile nediscriminării. tratamentului egal, transparenței și asumării răspunderii consacrate, prin art. 2 alin. (21) din Legea nr. 98/2016.

Pe de altă parte, contestatoarea susține că, la data de 06.06.2017 autoritatea contractantă a publicat în SEAP comunicarea privind raportul procedurii și raportul procedurii, acesta din urma având, însă, număr de înregistrare la autoritatea contractantă din data de 31.05.2017, numărul 2971, cu toate că în finalul raportului s-a menționat că acesta a fost emis la data de 06.06.2017, astfel încât, rezultă că, raportul procedurii a fost întocmit în realitate la data de 31.05.2017, iar autoritatea contractantă și expertul cooptat au avut la dispoziție numai o zi pentru evaluarea răspunsului la solicitarea de clarificări și pentru întocmirea raportului procedurii, perioada de timp insuficientă pentru o analiza reală.

Concluzionând, contestatoarea susține că a răspuns în mod concludent solicitărilor de clarificări, iar autoritatea contractantă a respins în mod netemeinic oferta sa, întrucât aspectele menționate în comunicarea contestata nu sunt fundamentate, dar și într-un mod nelegal, întrucât problemele puse în discuție fie vizau propunerea tehnică, pe care autoritatea contractantă a declarat-o admisibilă, fie se raportau la cerințe neprevăzute în fișa de date a achiziției.

În temeiul art. 19 alin. (1) din Legea nr.101/2016, contestatoarea solicită accesul la documentele aflate la dosarul achiziției publice.

În drept, contestatoarea invocă Legea nr. 101/2016 și HG nr. 395/2016.

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

Prin adresa nr. 24592/2080 .../20.06.2017, Consiliul a solicitat autorității contractante documentele necesare soluționării contestației în conformitate cu dispozițiile art. 18 alin. (4) din Legea nr. 101/2016, respectiv cele întocmite/primite ulterior deciziei CNSC nr. .../.../.../ 21.04.2017, precum și propunerea financiară a contestatoarei.

Prin adresa nr. 3696/30.05.2017, comunicată prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la Consiliu sub nr. 26584/03.07.2017, autoritatea contractantă a înaintat atât punctul de vedere privind contestația, în cadrul căruia combate punctual criticile contestatoarei, cât și documentele necesare soluționării contestației, în copie conformă cu originalul.

Astfel, autoritatea contractantă susține că, luând act de decizia CNSC nr. .../.../.../21.04.2017 prin care s-a dispus solicitarea de

clarificări privind propunerea tehnică ofertantului SC ...SRL, a solicitat acestuia prezentarea propriilor resurse (financiare, umane, material și utilaje) pe care le va aloca în execuția lucrărilor. Răspunsul primit de la ofertant în ceea ce privește accesul la materiale și utilaje, respectiv *„(...) Posibilitatea accesului la resursele materiale: vor fi asigurate de furnizori în baza contractelor de furnizare sau/și a ofertelor ferme în baza cărora s-a întocmit oferta financiară. Posibilitatea accesului la utilaje/echipamente: vor fi asigurate din surse proprii, existând și posibilitatea închirierii acestora în funcție de necesități (...)”,* a fost acceptat, „deși evaziv acesta se încadra în limitele fundamentării deciziei CNSC”, propunerea tehnică fiind declarată conformă.

Autoritatea contractantă susține că propunerea financiară prezentată de SC ...SRL, conține prețuri neobișnuit de mici, atât la unele materiale cât și la utilaje, motiv pentru care s-au solicitat clarificări privind modul de formare a prețului, atât pentru materiale cât și pentru utilaje, răspunsul ofertantului fiind contradictoriu cu cele declarate anterior în prezentarea propunerii tehnice privind accesul la resurse, acesta declarând că toate materialele sunt achiziționate de la societatea SC ...SRL, iar utilajele sunt închiriate tot de la societatea SC ...SRL, deși în propunerea tehnică declarase că vor fi asigurate din surse proprii. Ofertantul declară în răspunsul la clarificări că societatea SC ...SRL îi asigură odată cu materialele și utilajele, și combustibilul necesar, precum și operatorul.

Autoritatea contractantă susține că SC ...SRL prezintă o serie de înscrisuri, oferte și contracte (cu titlu de precontract, dar cu conținut de contract) ca să inducă o stare de aparentă legalitate și pentru a justifica imposibilitatea ofertantului SC ...SRL de a se conforma solicitării de clarificări în ceea ce privește prezentarea calculațiilor de cost pentru prețurile neobișnuit de scăzute. În continuare, autoritatea contractantă prezintă contractele încheiate între SC ...SRL și SC ...SRL, respectiv SC ...SRL și ceilalți furnizori. Autoritatea contractantă susține că operatorul economic SC ...SRL este administrat de către ..., care este și directorul societății SC ...SRL., astfel că furnizorul ofertantului este „de fapt un instrument de mascare a prețurilor de dumping și false” utilizate de contestatoare în elaborarea ofertei.

De asemenea, autoritatea contractantă prezintă câteva exemple de prețuri de dumping pentru betonul B 200, balast nespălat de râu și pentru utilajul Repartizor Finisor, considerând că acestea sunt imposibil de susținut în oferta prezentată de SC ...SRL.

Autoritatea contractantă consideră că trebuie reținut faptul că a eliminat din faza de evaluare tehnică societatea ...pe motivul incapacității acesteia de a-și demonstra resursele, însă dintr-o eroare de exprimare „să demonstreze resursele” în loc „să-și demonstreze propriile resurse” a fost forțată să-l accepte în continuare în cadrul procedurii, demonstrând însă, în final, incapacitatea acestuia de a executa lucrarea, precum și tentativa lui de a frauda procedura de achiziție.

Autoritatea contractantă consideră că, ofertantul de SC ...SRL încalcă în acest fel atât legislația ce guvernează achizițiile publice cât și principiile codului civil, a codului fiscal și legii societăților comerciale.

În încheiere, autoritatea contractantă susține că, este nefundamentată contestația depusă de SC ...SRL și consideră că se încearcă blocarea implementării proiectului de investiții și pierderea fondurilor alocate de către Ministerul Dezvoltării prin PNDL beneficiarului Comuna ...pentru realizarea acestor lucrări.

Prin adresa nr. 26786/2080 .../04.07.2017, Consiliul a invitat contestatoarea, în data de 06.07.2017, la sediul instituției în vederea studierii dosarului achiziției.

Prin adresa nr. 1583/10.07.2017, transmisă succesiv prin fax, prin mijloace electronice (e-mail) și în original, înregistrată la Consiliu sub nr. 27871/10.07.2017, nr. 27908/10.07.2017 și respectiv nr. 28554/ 13.07.2017, SC ...SRL a formulat „Note scrise cu privire la aspectele exprimate în cadrul punctului de vedere al autorității contractante", precizând că își menține concluziile inițiale și solicită, în continuare, admiterea contestației, astfel cum a fost formulată.

Contestatoarea SC ...SRL susține că, prin punctul de vedere transmis Consiliului, autoritatea contractantă nu a reușit să își fundamenteze susținerile din comunicarea privind rezultatul procedurii, motivele de respingere a ofertei sale bazându-se în exclusivitate pe impresiile și concluziile subiective și nefundamentate ale comisiei de evaluare.

Referitor la considerațiile autorității contractante privind „legislația încălcată", contestatoarea susține că toate actele juridice prezentate în prezenta procedură (contracte, pre-contracte, etc.) sunt acte juridice valabil încheiate care, până la desființarea lor de către o instanță judecătorească, produc efecte între părți și față de terți, astfel cum prevăd art. 1.280-1.281 din Codul Civil.

În ceea ce privește raporturile contractuale dintre SC ...SRL și SC ...SRL, contestatoarea susține că acestea au fost pe deplin dovedite prin înscrisurile depuse, care atestă obligații contractuale asumate ferm de către furnizor în sensul punerii la dispoziția sa a utilajelor necesare și consideră că, autoritatea contractantă nu poate ignora realitatea juridică ce emană din înscrisurile prezentate și nu poate face abstracție de efectele juridice generate de aceste înscrisuri, după cum nu are nici abilitarea de a susține că respectivele înscrisuri nu au valoare juridică.

În altă ordine de idei, contestatoarea învederează faptul că, autoritatea contractantă nu a făcut nicio precizare în legătură cu înregistrarea raportului procedurii la data de 31.05.2017, la numai o zi după depunerea răspunsului la solicitarea de clarificare rezultând o perioadă vădit insuficientă pentru evaluarea reală a clarificărilor.

Pentru soluționarea contestației, la dosarul cauzei a fost atașat dosarul nr. .../2017.

Din documentele depuse de părți și din susținerile acestora, Consiliul constată următoarele:

COMUNA ...(PRIMARIA COMUNEI ...), în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de atribuire „simplificată", într-o singură etapă, online, fără etapă finală de licitație electronică, a contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Reabilitare drumuri rurale în localitatea ..., comuna ..., județul ..., cod CPV

45233120-6 (Rev. 2), prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. 399930/14.02.2017, stabilind data limită de depunere a ofertelor la 03.03.2017 ora 15:00, criteriul de atribuire „prețul cel mai scăzut” și valoarea estimată de 3.236.749, fără TVA.

În cadrul procedurii de atribuire au depus oferte 4 operatori economici, printre care și operatorul economic SC ...SRL, așa cum rezultă din procesul verbal de vizualizare nr. 940/03.03.2017.

Autoritatea contractantă a evaluat oferta depusă de SC ...SRL și a stabilit, așa cu rezultă din conținutul „procesului verbal intermediar de ședință din 15.03.2017”, că aceasta este neconformă. Ulterior, autoritatea contractantă a stabilit rezultatul procedurii, potrivit căruia a declarat câștigătoare oferta depusă de SC ...SRL, oferta depusă de către contestatoare fiind declarată neconformă pentru aceleași motive reținute în procesul verbal intermediar din 15.03.2017, aspecte consemnate și în raportul procedurii înregistrat sub nr. 1386/21.03.2017.

Nemulțumită de acest rezultat, SC ...SRL a depus contestație, soluționată de Consiliu prin Decizia nr. .../.../... din 21.04.2017, prin care s-au dispus următoarele:

„Admite, în parte, contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ...(PRIMARIA COMUNEI ...), anulează, în parte, procesul verbal intermediar de ședință din 15.03.2017 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei și la aplicarea «criteriului de atribuire - clasament intermediar» (proces verbal intermediar de ședință din 05.04.2017) și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

Respinge, ca rămase fără obiect/lipsite de interes, capetele de cerere referitoare la anularea actelor prin care a fost declarată câștigătoare oferta depusă de SC ...SRL precum și la reevaluarea acestei oferte”.

Orice nemulțumire a părților, respectiv a autorității contractante sau a contestatoarei, referitoare la această decizie ar fi trebuit să se concretizeze într-o plângere depusă la instanța competentă. În speță, decizia nu a fost atacată cu plângere, fiind definitivă și obligatorie.

După primirea acestei decizii, autoritatea contractantă a reevaluat oferta depusă de SC ...SRL și a stabilit, așa cum rezultă din raportul procedurii nr. 2971/31.05.2017, că aceasta este inacceptabilă.

Nemulțumită de acest rezultat al procedurii, comunicat prin adresa nr. 2984/06.06.2017, SC ...SRL a depus prezenta contestație.

Atașat contestației, SC ...SRL a depus dovada respectării dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 101/2016, respectiv notificarea prealabilă nr. 1302/12.06.2017, înaintată autorității contractante, precizând faptul că autoritatea contractantă nu a formulat un răspuns în legătură cu aceasta.

Analizând conținutul contestației Consiliul constată că aceasta vizează decizia autorității contractante de a respinge oferta sa ca inacceptabilă, „în baza art. 201 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016”, considerând că motivele invocate nu au nicio legătură cu temeiurile legale.

Verificând lucrările membrilor comisiei de evaluare, Consiliul constată că, după punerea în aplicare a deciziei Consiliului, autoritatea contractantă a reținut caracterul conform al propunerii tehnice depusă de contestatoare și a procedat la verificarea/evaluarea propunerii financiare a acesteia.

Astfel, în cadrul procesului verbal intermediar de ședință din 10.05.2017, autoritatea contractantă a stabilit că oferta depusă de SC ...SRL prezintă un „preț aparent neobișnuit de mic, drept pentru care vor fi cerute clarificări privind calculațiile de cost ale materialelor și a utilajelor”.

În acest sens, a solicitat contestatoarei să clarifice următoarele aspecte:

„- Prezentați calculația de cost pentru materialele (beton BAD20, BA16) la unitățile de măsură specificate în caietele de sarcini.

- Prezentați calculația de cost pentru utilajele prezentate în formularul C8.

(...)”.

SC ...SRL a răspuns acestei solicitări de clarificări prin adresa nr. 1056/16.05.2017, după cum urmează:

- în legătură cu calculația de cost a principalelor materiale a precizat că „nu produce ci achiziționează aceste materiale” și a transmis anexat oferta de preț de la furnizorul SC ...SRL, înregistrată sub nr. 118/17.02.2017, adresată contestatoarei în referire la prezenta procedură de atribuire referitoare la „oferta de preț materiale și ofertă de preț utilaje”, în cadrul căreia se menționează faptul că „până la semnarea unui contract, prezenta ofertă ține loc de contract;

- în legătură cu calculația de cost pentru utilaje, a menționat că utilajele sunt închiriate, conform contract de preînchiriere nr. 119/27.02.2017, încheiat cu SC ...SRL;

(...)”.

Autoritatea contractantă a continuat demersurile de evaluare a propunerii financiare depusă de SC ...SRL solicitând clarificări suplimentare, după cum urmează:

„- copii de pe documentele de proprietate ale SC ...SRL asupra instalațiilor, echipamentelor și utilajelor de producție a materialelor furnizate;

- copii de pe documentele de proprietate ale SC ...SRL asupra gamei de utilaje promise prin precontractul 119/27.02.2017;

- calculația de cost a furnizatorului SC ...SRL pentru materialele propuse a fi furnizate prin precontractul 119/27.02.2017;

- calculația de cost pentru materialul: balast nespălat de râu, cotat la dvs. în ofertă cu 8 lei mc;

- redepuneți formularul C9 în forma cumulată, conform formularelor din caietele de sarcini".

Prin adresa nr. 1180/29.05.2017, contestatoarea a răspuns acestei solicitări precizând, printre altele, că SC ...SRL este furnizor de materiale și nu producător, iar în ceea ce privește „documentele de proprietate" asupra gamei de utilaje, a precizat faptul că SC ...SRL este furnizor al utilajelor/echipamentelor angajându-se prin precontractul nr. 119/ 27.02.2017 că va pune la dispoziție sa utilajele necesare îndeplinirii contractului. Atașat răspunsului, ofertantul a prezentat o serie de contacte de furnizare/închiriere încheiate între SC ...SRL cu terțe persoane juridice, printre altele, „contract de furnizare cu stație de preparare betoane nr. 29/14.02.2017", „contract de furnizare cu stație de preparare mixturi asfaltice nr. 41/17.02.2017", contract de închiriere nr. 415/17.02.2017, contract de închiriere nr. 407/25.02.2017, contract de închiriere nr. 308/17.02.2017, factură achiziție vibrator, oferte de preț SC ...SRL, SC ...SRL, etc.

Autoritatea contractantă a analizat acest răspuns și, așa cum a consemnat în procesul verbal intermediar din 29.05.2017 și în raportul procedurii înregistrat sub nr. 2971/31.05.2017, a respins oferta depusă de SC ...SRL ca inacceptabilă, „în baza art. 201 alin. (3) din Legea nr. 98/2016 și art. 136 alin. (3) din HG nr. 395/2016".

Astfel, în cadrul actului atacat, autoritatea contractantă a comunicat următoarele:

„Deoarece ofertantul a prezentat în oferta financiară prețuri neobișnuit de scăzute la unele materiale și utilaje, comisia a cerut clarificări cu privire la modul de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate conform art. 210 al. 2 lit. a;

În urma clarificărilor primite comisia de evaluare a observat că ofertantul ...SRL justifică sursa prețurilor reduse prin atașarea unui precontract/contract cu societatea ...SRL pe care o declară ca fiind singurul furnizor pentru materialele și utilajele pe care compania ...SRL o va folosi în execuția contractului de lucrări. Mai mult decât atât, în prețurile ofertate furnizorul se obligă să asigure transportul materialelor la șantier iar utilajelor le asigura combustibil și operatori.

Comparativ cu prețurile din piață preturile prezentate de ofertantul ...sunt și cu peste 50% mai mici chiar și fără costul transportul inclus sau al costului cu operatorii de pe utilaje, fiind imposibil de asigurat chiar și de operatorii ce dețin propriile mijloace de producție și propriul parc de utilaje.

În acest sens, existând indicii temeinice de încercare de fraudare a procesului de achiziție din partea ofertantului SC ...SRL, prin prezentarea unor documente justificative fără acoperire, fiind emise doar pentru a

crea o aparență de legalitate a sumelor prezentate în oferta financiară, comisia de evaluare a decis să solicite calculația de preț pentru materialele și utilajele oferite de furnizorul SC ...SRL.

Răspunsul oferit de ofertant confirmă suspiciunile comisiei de evaluare, prin faptul ca acesta precizează că societatea SC ...SRL nu este producătoarea materialelor oferite și nici proprietara utilajelor oferite spre închiriere ci la rândul ei materialele și utilajele le închiriază de la alte companii. Ofertantul prezentând în acest sens copii de pe precontractate de închiriere.

Ofertantul încearcă astfel să creeze o structura de tip «carusel» formată dintr-o suită de contracte/precontracte între diferite societăți, iar în acest fel să justifice imposibilitatea prezentării calculației de cost cerută de comisia de evaluare.

În fapt, prin acest sistem ofertantul încearcă să ascundă sursa reală a prețurilor oferite, aceasta neavând un suport real, prețurile din oferta financiară având un caracter de dumping, fiind prezentate doar cu scopul de a crea un fals avantaj în fata celorlalți competitori (...)".

În speță, așa cum rezultă din lucrările membrilor comisiei de evaluare expuse anterior, autoritatea contractantă a făcut verificări în legătură cu prețul ofertat extinzând verificările referitoare la prețuri, la furnizorul de materiale și utilaje al ofertantului, respectiv SC ...SRL, contestatoarea neînțelegând să conteste, în cadrul termenului legal, cea de-a doua solicitare de clarificări a autorității contractante, motiv pentru care s-a născut obligația acesteia de a răspunde și de a clarifica toate aspectele care rezultă din documentele depuse.

Consiliul constată faptul că autoarea contestației a răspuns solicitărilor autorității contractante prezentând susțineri și documente în dovedirea prețurilor obținute de la furnizorul său, respectiv de la SC ...SRL, iar, în analizarea răspunsurilor primite, autoritatea contractantă trebuia să analizeze documentele de la furnizorul de materiale al contestatoarei sub aspectul corespondenței și sustenabilității prețurilor utilizate în propunerea financiară prin raportare la cele obținute de la furnizor.

Analizând propunerea financiară a contestatoarei, Consiliul constată că aceasta reprezintă 71,83% din valoarea estimată, membrii comisiei de evaluare apreciind prețul ca fiind „aparent neobișnuit de mic", situație în care devin incidente următoarelor texte legale:

- art. 210 din Legea nr. 98/2016, conform căruia

„(1) În cazul unei oferte care are un preţ sau cost aparent neobişnuit de scăzut în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziţie publică/acordului-cadru care urmează a fi atribuit/încheiat, autoritatea contractantă are obligaţia de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la preţul sau costul propus.

(2) Clarificările prevăzute la alin. (1) se pot referi în special la:

a) fundamentarea economică a modului de formare a preţului, prin raportare la procesul de producţie, serviciile furnizate sau metodele de construcţie utilizate;

b) soluţiile tehnice adoptate şi/sau orice condiţii deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

c) originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

d) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 51 alin. (1);

e) respectarea obligaţiilor prevăzute la art. 218;

f) posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

(3) Autoritatea contractantă evaluează informaţiile şi documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preţ aparent neobişnuit de scăzut şi respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al preţului sau al costurilor propuse, ţinând seama de elementele menţionate la alin. (2)".

- art. 136 alin. (1) și (2) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora

„(1) În situaţia în care comisia de evaluare constată că elemente de preţ ale unei oferte sunt aparent neobişnuit de scăzute, prin raportare la preţurile pieţei, utilizându-se ca referinţa în acest sens informaţii cum ar fi buletine statistice, sau cotaţii ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicaţii cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condiţiile de calitate impuse prin documentaţia de atribuire.

(2) Explicaţiile aduse de ofertant conform prevederilor alin. (1) vor fi însoţite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din Lege, precum şi, după caz, documente privind preţurile ce pot fi obţinute de la furnizori, situaţia stocurilor de materii prime şi materiale, modul de organizare şi metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanţele şi costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru".

Analizând critica autoarei contestației, Consiliul constată că aceasta este întemeiată, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a făcut verificări concrete și complete cu privire la prețul ofertat de SC ...SRL.

În acest sens, Consiliul are în vedere următoarele:

- temeiul legal, menționat atât în raportul procedurii cât și în comunicarea rezultatului procedurii, invocat de autoritatea contractată, respectiv „art. 201 alin. (3) din Legea nr. 98/2016", în respingerea ofertei contestatoarei, este eronat reținut, nefiind aplicabil speței, prevederile acestui text de lege fiind următoarele: *„Operatorii economici înscrişi pe listele oficiale sau care deţin un certificat pot depune la autorităţile contractante, în cadrul unei proceduri de atribuire a unui contract de achiziţie publică/acord-cadru, un certificat de înregistrare eliberat de autoritatea competentă sau de organismul de certificare competent; certificatele respective indică referinţele care au stat la baza*

înscrierii operatorilor economici pe lista oficială sau a certificării acestora, precum şi clasificarea pe lista respectivă";

- din verificările efectuate de Consiliu (înscrisuri aflate la dosarul cauzei, volumul 1 paginile 192-198), rezultă că SC ...SRL, are ca asociat unic pe Băiculescu Georgeta, iar ca administrator pe Băiculescu Marius Gheorghe, iar SC ...SRL are ca asociat unic și administrator pe Gheorghe Ana Maria, și nu ..., (cum eronat susține autoritatea contractantă), rezultând că cei doi operatori economici nu au aceiași asociați/administratori;

- susținerile autorității contractante referitoare la faptul că SC ...SRL ar fi administrată de ... care este și director comercial la SC ...SRL sunt simple afirmații, nesusținute cu probe, în speță având incidență art. 249 din Codul de procedură civilă care stipulează că: *„Cel ce face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile prevăzute de lege*", regulă exprimată prin adagiul *„actori incubit onus probandi*" (reclamantului îi incumbă sarcina probei);

- din documentele depuse de contestatoare atașat celor 2 răspunsuri referitoare la justificarea prețului ofertat rezultă următoarele:

- autoarea contestației a depus, pe de o parte, oferta de preț nr. 181/20.02.2017 de la furnizorul de materiale și utilaje - SC ...SRL, în cuprinsul căreia sunt menționate prețuri atât pentru materiale (5 poziții) cât și pentru utilaje (14 poziții), iar pe de altă parte, un precontract de închiriere (nr. 119/27.02.2017), cu privire la 14 utilaje (aceleași din oferta de preț), în cuprinsul căruia nu este menționat tariful orar și nici existența unei legături între acest precontract de încheiere și oferta de preț nr. 181/20.02.2017;
- ca dovadă a deținerii celor 14 utilaje, autoarea contestației a depus un număr de 6 contracte de închiriere încheiate între SC ...SRL și diverși terți, în cuprinsul cărora nu sunt menționate tarifele orare pentru a se putea face o legătură cu oferta de preț nr. 181/20.02.2017. Astfel, în conținutul a două contracte se face referire la faptul că prețurile „sunt cele din anexă și nu conțin TVA" (fără a fi depuse anexe), iar în cazul unui număr de patru contracte se menționează doar că prețurile nu conțin TVA.

În consecință, Consiliul apreciază că toate aceste lipsuri și neconcordanțe identificate în cadrul documentelor transmise de ofertant în justificarea prețului neobișnuit de scăzut ar fi trebuit lămurite de către membrii comisiei de evaluare, numai în această situație putându-se vorbi despre o evaluare completă a prețului ofertat de SC ...SRL.

- analizând motivele care au determinat autoritatea contractantă să respingă oferta contestatoarei (*„Ofertantul încearcă astfel să creeze o structură de tip carusel formată dintr-o suită de contracte/precontracte între diferite societăți, iar în acest fel să justifice imposibilitatea prezentării calculației de cost cerută de comisia de evaluare")*, Consiliul constată acestea s-ar putea încadra în dispozițiile art. 167 alin. (1) lit. d)

din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia *„(1) Autoritatea contractantă exclude din procedura de atribuire a contractului de achiziție publică/acordului-cadru orice operator economic care se află în oricare dintre următoarele situații: (...) d) autoritatea contractantă are suficiente indicii rezonabile/informaţii concrete pentru a considera că operatorul economic a încheiat cu alţi operatori economici acorduri care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura în cauză; (...)”,* însă, pentru a putea face aplicarea acestui text de lege, autoritatea contractantă ar fi trebuit să aplice dispozițiile alin. (6) ale aceluiași articol din actul normativ indicat, potrivit cărora *„(6) Înainte de excluderea unui operator economic în temeiul alin. (1) lit. d), autoritatea contractantă solicită în scris Consiliului Concurenţei punctul de vedere cu privire la indiciile identificate care vizează denaturarea concurenţei în cadrul sau în legătură cu procedura de atribuire în cauză, pe care acesta îl va înainta în termen de maximum 15 zile*”.

Susținerea autorității contractante referitoare la faptul că răspunsul ofertantului privind justificarea de preț este contradictoriu cu susținerile referitoare la propunerea tehnică, nu poate fi reținută de Consiliu având în vedere faptul că aceasta nu se regăsește în cadrul actului atacat, deci nu a fost reținută ca motiv de respingere a ofertei contestatoarei, iar Consiliul, potrivit principiului disponibilității părților, se poate pronunța numai cu privire la actul atacat.

Concluzia membrilor comisiei de evaluare precizată în cadrul deciziei de respingere a ofertei contestatoarei referitoare la existența „unor indicii temeinice de încercare de fraudare a procesului de achiziție” din partea contestatoarei, nu poate fi reținută de Consiliul, acest aspect fiind de competența altor organe ale statului, pe care autoritatea contractantă are dreptul să le sesizeze.

În raport de cele reținute, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația formulată de SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ... (PRIMARIA COMUNEI ...), va anula, în parte, raportul procedurii înregistrat sub nr. 2971/31.05.2017 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și va obliga autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute 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 SC ...SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă COMUNA ...(PRIMARIA COMUNEI ...), anulează, în parte, raportul procedurii înregistrat sub nr. 2971/31.05.2017 și actele subsecvente acestuia, respectiv referirile la oferta contestatoarei și la aplicarea criteriului de atribuire și obligă autoritatea contractantă, ca în termen de 10 zile de la primirea deciziei, să reevalueze oferta contestatoarei conform celor reținute în motivare.

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

PREȘEDINTE COMPLET

...

MEMBRU COMPLET **MEMBRU COMPLET**

.... **...**

Redactat în 4 exemplare originale, conține 13 pagini.