

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnsr.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. 5259/18.07.2016, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21882/19.07.2016, depusă de SC ... SRL, cu sediul în ..., având CUI ..., formulată împotriva răspunsului nr. 121/2910 din data de 13.07.2016 emis de autoritatea contractantă față de notificarea prealabilă a contestatoarei adresată autorității contractante nr. 5228/11.07.2016, prin care s-a solicitat adoptarea unor măsuri de remediere generate de comunicarea rezultatului procedurii nr. 119/2814 din 05.07.2016, emisă de către ..., cu sediul în comuna ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea încheierii acordului-cadru având ca obiect „Execuție lucrări de construcții a drumurilor de acces agricole în comuna Valea Moldovei, în cadrul proiectului *Modernizare drumuri agricole prin Măsura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava*”, s-a solicitat:

- anularea raportului procedurii de atribuire și a actelor subsecvente acestuia;
- anularea actului intitulat Comunicarea rezultatului procedurii nr. 119/2814 din 05.07.2016;
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertelor, conform obligațiilor ce revin comisiei de evaluare în virtutea art. 34 și 39 din HG nr. 925/2006 și cu satisfacerea principiului transparenței și tratamentului egal, inclusiv a celei depusă de SC ... SRL cu înlăturarea motivelor care au stat la baza declarării ofertei acesteia din urmă ca neconformă, potrivit comunicării rezultatului procedurii nr. 119/2814 și aplicarea criteriului de atribuire;
- în temeiul prevederilor actului normativ ce a stat la baza inițierii procedurii de atribuire, respectiv OUG nr. 34/2006, cât și întărit de prevederile actului normativ ce abrogă actul menționat anterior și, mai precis, în temeiul Legii nr. 98/2016, art. 217, alin. (6), solicită

permiterea accesului la dosarul achiziției publice aferent procedurii de atribuire a contractului de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri agricole prin masura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava” cu rezerva ca, în baza analizării dosarului achiziției, să se poată pune în vedere autorității contractante noi înscrisuri care să justifice atât concluziile sale cât și reanalizarea ofertelor celorlalți participanți în cadrul procedurii de atribuire a contractului de lucrări mai sus menționat, iar în temeiul noilor elemente, în condițiile constatării gravelor abateri, să se dispună anularea procedurii de atribuire. Această solicitare vine în satisfacerea interesului legitim al participanților la procedura de atribuire și satisface principiul transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) din textul OUG nr. 34/2006, coroborat cu celelalte prevederi din acest act normativ care a stat la baza inițierii procedurii de atribuire cât și cu cele din materia Legii nr. 544/2001 și a Legii nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, raportat și la prevederile art. 2 alin. (1), coroborat cu prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) din textul Legii nr. 101/2016 - în contextul refuzului autorității contractante de a efectua această operațiune solicitată prin conținutul Notificării prealabile nr. 5228/11.07.2016 și refuzată, după cum se desprinde din conținutul adresei nr. 121/2910 din data de 13.07.2016, emisă de autoritatea contractantă.

**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 ofertant SC ... SRL reclamă decizia de respingere ca neconformă a ofertei sale, solicitând Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor să dispună, în principal, obligarea autorității contractante la anularea rezultatului procedurii și reevaluarea ofertelor, iar, în subsidiar, anularea procedurii de atribuire.

La data de 05.04.2016, a fost efectuată o primă comunicare a rezultatului procedurii de atribuire a contractului privind execuția lucrărilor aferente obiectivului de investiție „Modernizare drumuri agricole prin masura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava”, conform căruia contestatoarea a fost desemnată câștigătoare a procedurii de atribuire. În cadrul procedurii de atribuire au fost depuse 3 oferte provenite din partea a trei operatori economici diferiți, oferta sa având cel mai scăzut preț.

În urma procesului de evaluare a ofertelor din cadrul procedurii de atribuire, celelalte două oferte au fost respinse ca neconforme și inadmisibile, având un preț mai ridicat decât cel prezentat în oferta financiară a contestatoarei.

Față de primul raport al procedurii, la data de 12.04.2016 a fost înregistrată o singură contestație, respectiv cea formulată de către unul din operatorii economici participanți în procedura de atribuire, Asocieria SC ... SRL - SC SA.

La data de 29.04.2016, contestatoarea depune o cerere de intervenție accesorie în cadrul litigiului aflat pe rolul Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor.

Ca urmare a definitivării analizei dosarului, Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor emite Decizia nr. ... prin al cărui conținut se dispune anularea rezultatului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor.

Pe fondul cauzei, subliniază faptul că autoritatea contractantă are obligația de a reevalua toate ofertele rămase în cadrul procedurii de atribuire, respectiv ale SC ... SRL cât și ale Asocierii S.C. ... SRL - SC ... SA.

Conform cu art. 236 alin. (1) și (2) din Legea nr. 98/2016, legislația aplicabilă în cadrul procedurii de atribuire ce face obiectul prezentei contestații este cea definită de OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006. Ceea ce este, însă, edificator speței în cauză derivă și din faptul că abaterile autorității contractante de la legislația anterior menționată ca fiind aplicabilă sunt regăsite și în voința legiuitorului privind domeniul de reglementare al achizițiilor publice din noua legislație, respectiv din Legea nr. 98/2016 și H.G. nr. 395/2016.

Legat de abaterile procedurale ale autorității contractante, arată că aceasta nu a respectat principiului transparenței, tratamentului egal și utilizării eficiente a fondurilor publice, prevăzute la art. 2 alin (2) din OUG nr. 34/2006, și nici dispozițiile procedurale în etapa de evaluare și reevaluare a ofertelor cuprinse în HG nr. 925/2006.

Astfel, din punct de vedere procedural, se impune constatarea abaterilor grave ale autorității contractante în ceea ce privește derularea procedurii de evaluare a ofertelor, cât și privitor la nesatisfacerea principiului transparenței.

Privitor la încălcarea principiului transparenței reglementat de art. 2 alin. (2) lit. d) din OUG nr. 34/2006 este edificatoare situația în condițiile în care SC ... SRL a solicitat autorității contractante prin notificarea prealabilă nr. 5228/11.07.2016, să i se permită vizualizarea dosarului achiziției, iar aceasta din urmă a omis acordul, favorizând, astfel, un alt operator economic rămas în cadrul procedurii de atribuire, fapt ce contravine:

- art. 24, art. 170, art. 213 alin (1) și art. 215 alin. (1) din OUG nr. 34/2006: *"Dosarul achiziției publice are caracter de document public, în forma în care se află la momentul solicitării accesului la informațiile din cuprinsul acestuia. Accesul persoanelor la aceste informații se realizează cu respectarea termenelor și procedurilor prevăzute de reglementările legale privind liberul acces la informațiile de interes public și nu poate fi restricționat decât în măsura în care aceste informații sunt confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală, potrivit legii".*

- art. 2 alin. (1) din HG nr. 925/2006: *"În procesul de aplicare a procedurilor de atribuire a contractelor de achiziție publică, orice situație pentru care nu exista o reglementare explicită se interpretează prin*

prisma principiilor prevăzute la art. 2 alin. (2) din ordonanța de urgență";

- prevederile Legii nr. 544/2001;

- jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor;

- temeinicia demersului său în a arăta abaterile procedurale ale autorității contractante derivă din prevederile art. 2 alin (1) coroborat cu art. 3 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 101/2016 care instituie interesul legitim de a contesta actul autorității contractante de a refuza sau omite de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune. În speță, se constată faptul că autoritatea contractantă omite sau refuză a răspunde la capătul de cerere al contestatoarei privind vizualizarea dosarului achiziției și, în consecință, refuză efectuarea operațiunii de vizualizare a dosarului achiziției într-un termen care să permită de a utiliza de dreptul său la corecta soluționare a dosarului achiziției în care este ofertant.

Ca o consecință a celor de mai sus, apare suspiciunea nerespectării principiului tratamentului egal în ceea ce privește obligația de reevaluare a ofertelor în acest sens, citând prevederile art. 34 alin. (1) și (2), art. 37 și art. 39 din H.G. nr. 925/2006, precum și pe cele ale art. 213 din OUG nr. 34/2006

Acest aspect este important, deoarece Comisia de evaluare are obligația cuprinsă în textul art. 78 din HG nr. 925/2006, respectiv:

"Comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea clarificărilor. Comunicarea transmisă în acest sens către ofertant trebuie să fie clară, precisă și să definească în mod explicit și suficient de detaliat în ce constă solicitarea comisiei de evaluare."

Ori, în etapa reevaluării ofertelor, autoritatea contractantă a solicitat contestatoarei doar o singură solicitare de clarificare, respectiv solicitarea nr. 114/2725 din data de 29.06.2016.

Astfel, în etapa evaluării, singura ofertă nedescalificată în procedura de atribuire a contractului de lucrări având ca obiect "Modernizare drumuri agricole prin masura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava" a fost cea a SC SRL pentru ca la reevaluare, tocmai oferta sa să fie singura descalificată, deși nu s-au cerut niciun fel de clarificări, cum era legitim, privind chestiunile pentru care autoritatea contractantă a luat această decizie. În mod sigur, dacă autoritatea contractantă proceda corect la reevaluare și solicita lămuririle necesare pentru cele care i-au fost imputate, primea răspunsurile de maniera cea mai profesionistă și convingătoare cu putință.

Din documentul de comunicare a rezultatului se constată faptul că motivele respingerii ofertei sale sunt de altă natură față de elementele solicitate spre clarificare, fapt considerat o abatere gravă de la legislația în materia achizițiilor publice, atât OUG nr. 34/2006, la care se raportează autoritatea contractantă, cât și la Legea nr. 98/2016, care abrogă prevederile OUG nr. 34/2006 și unde se menționează la art. 209 alin. 1 că *„în cazul în care informațiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate (...) autoritatea*

contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanților/candidaților clarificări și, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceștia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței". Deși prin Raportului de comunicare nr. 119/2814 din 05.07.2016 se arată că oferta (aceeași care nu a fost descalificată la evaluarea inițială) „*nu satisface exigențele caietului de sarcini*" și sunt date situații cu date eronate, în mod suspect, autoritatea contractantă nu a cerut completări sau clarificări.

Prin urmare, consideră ca fiind abateri grave din partea autorității contractante, în ceea ce privește derularea procedurii de evaluare a ofertelor, fiind încălcat principiul fundamental al apărării, fiind încălcată o etapă procedurală în detrimentul contestatoarei.

La momentul solicitării de clarificări, contestatoarea a răspuns față de întrebarea autorității contractante așa cum a fost aceasta formulată pentru punctele 3, 4 și 5 din adresa cu nr. 69/771 din 19.02.2016. În accepțiunea comisiei de evaluare, răspunsul a fost concludent și considerat suficient de clar pentru a răspunde exigențelor stabilite la acel moment.

Apariția unor noi elemente de care Comisia a luat act din înscrisurile la dosarul aflat la acel moment dat la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor nu exclude obligația comisiei de evaluare de a formula noi solicitări de clarificare în cadrul procedurii de atribuire după cum incumbă din art 78 din HG nr. 925/2006.

Mai mult de atât, din motivarea de la pag. 36 din Decizia nr. a Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor rezultă faptul că era posibilă analizarea și în funcție de unele elemente pe care comisia ar fi trebuit a le solicita suplimentar, în condițiile în care se impune, după cum se reține spre exemplificare cu textul: "*Afirmația ofertantei câștigătoare că prețul BADPC20 și BADPS20 este același cu BADPC25 și BADPS25, nu pot fi luate în considerare, fără o probă în acest sens*".

Reevaluarea ofertelor este o operațiune ce incumbă autorității contractante de a evalua ofertele în raport cu noi elemente, însă nu rezumă procesul doar la aceste aspecte și nu exonerează comisia de obligațiile art. 78. Achiesarea părților la dispozitivul deciziei de a se efectua o nouă evaluare nu exclude obligația clarificării și a analizării fără superficialitate și fără a lua act de noi elemente pe care ofertanții le pot conferi. Acest aspect derivă și din scopul și principiile reglementărilor în materia achizițiilor regăsite la art. 2 din OUG nr. 34/2006 privind promovarea concurenței și a utilizării eficiente a fondurilor.

În concluzie, constată faptul că autoritatea contractantă nu și-a îndeplinit obligațiile impuse prin legislația în materia achizițiilor publice, neacordând contestatoarei dreptul la formularea de răspunsuri față de eventualele nelămuriri ale membrilor comisiei de evaluare.

Mai mult de atât, efectul celor prezentate mai sus este dat de faptul că decizia de respingere a ofertei sale nu este temeinic motivată, întrucât nu pot fi regăsite elemente de analiză asupra ofertei corelate cu un punct de vedere al contestatoarei, fapt ce denotă o superficialitate în

evaluare determinată, probabil, de aspecte ce țin de celeritate în definitivarea procedurilor de la nivelul autorității contractante. Ori, cu o astfel de optică nu poate fi decât în dezacord cu autoritatea contractantă, deoarece termenele câștigate nu sunt relevante, fiind doar câteva zile calendaristice care nu justifică abateri de la normele procedurale în materie, norme care sunt în sprijinul satisfacerii scopurilor și principiilor achizițiilor publice reglementate ca norme fundamentale atât prin art 2 al OUG nr. 34/2006 și art 2 al HG nr. 925/2006 - acte normative ce au stat la baza inițierii procedurii de atribuire a contractului de lucrări ce face obiectul prezentului diferend.

Consideră surprinzător răspunsul autorității contractante *„Ne menținem decizia comunicată (oferta subscrisei să fie declarată neconformă) având în vedere precizările din Decizia CNSC nr. ...”*.

Consideră abordarea autorității drept *„zeflemitoare”*. Practic, un răspuns bine documentat cu privire la primele trei solicitări formulate prin notificarea prealabilă lipsește, autoritatea contractantă fiind în imposibilitate de a formula un punct de vedere convingător.

Cel de-al doilea aspect este legat de a patra solicitare a sa de a i se permite accesul la doarul achiziției, capăt de cerere la care nu a dat un răspuns. Aceasta deși în legislația veche, cât și în cea adoptată anul acesta cu privire la achizițiile publice existau prevederi referitoare la accesul nemijlocit la dosarul achiziției *„după comunicarea rezultatului procedurii de atribuire, autoritatea contractantă este obligată să permită, la cerere, într-un termen care nu poate depăși o zi lucrătoare de la data primirii cererii, accesul neîngrădit al oricărui ofertant/candidat la raportul procedurii de atribuire, precum și la informațiile din cadrul documentelor de calificare, propunerilor tehnice și/sau financiare care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale, clasificate sau protejate de un drept de proprietate intelectuală”*. Legea 101/2016 care *„guvernează”* procedura referitoare la contestații, inclusiv la notificarea prealabilă, indiferent dacă procedura de achiziție publică s-a desfășurat sau nu raportat la Legea 98/2016 ori la OUG 34/2006, definește notificarea prealabilă ca fiind *„cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia”* iar reexaminarea în sensul revocării sau modificării presupune un studiu și, de ce nu, un dialog pe tema achiziției publice, deci și a dosarului acesteia.

Cel de-al treilea aspect îl constituie trimiterea de către autoritatea contractantă la o decizie a Consiliului, și anume cea cu nr. ..., fapt care plasează comuna Valea Moldovei într-o eroare, deoarece invocarea unei decizii a unei instituții cu atribuții administrativ - jurisdicționale ca fiind temei pentru o decizie luată la reevaluarea ofertelor este cel puțin hazardată, dacă nu chiar ilegală. Indiferent dacă autoritatea contractantă a optat pentru prevederile OUG 34/2006 în ceea ce privește reevaluarea ofertelor sau pentru Legea 98 și Legea 101/2016, concluzia este aceeași: *„Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic”* (art. 278, alin. 9 din OUG 34/2006 și respectiv art. 26 alin. 10 din Legea 101/2016). Consideră cel puțin o gafă

monumentală ca autoritatea contractantă să își motiveze soluția în reevaluarea ofertei sale și declararea acesteia ca neconformă pe baza unei decizii a Consiliului, cel puțin în lumina prevederii mai sus menționate și care se află atât în textul legislativ vechi, cât și în cel nou. Mai mult decât atât, o decizie a Consiliului nu poate fi asimilată unei hotărâri judecătorești investită cu „*putere (autoritate) a lucrului judecat*” cel puțin prin prisma faptului că Consiliului nu este o instanță, ci este o instituție cu atribuții administrativ - jurisdicționale. Prin urmare, argumentul autorității contractante cum că a descalificat oferta sa întrucât era neconformă „*având în vedere Decizia CNSC nr. ...*” nu poate fi unul sustenabil. Nu mai puțin adevărat este, totuși, faptul că „*Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei*” (art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), însă decizia Consiliului nr. ... se referea la reevaluarea ambelor oferte, și sub nicio formă la declararea ca neconformă a uneia din oferte întrucât, așa cum a arătat în cele de mai sus, „*Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic*”. Prin urmare nici autoritatea contractantă nu poate invoca, pe just temei, atribuirea unui contract în baza unei Decizii a Consiliului.

Decizia de respingere a ofertei sale ca fiind neconformă este una injustă și netemeinic fundamentată raportat la legislația în materie corelat cu situația de fapt existentă la dosarul achiziției.

Prin adresa cu nr. 69/771 din 19.02.2016 reprezentând solicitare de clarificare, s-a solicitat contestatoarei să clarifice unele aspecte ale propunerii financiare. Neconcordanțele semnalate de autoritatea contractantă privesc aspecte minore ale ofertei, cum ar fi:

- neconcordanța dintre "Mixtură asfaltică tip BADPS25" și "Mixtură asfaltică tip BADPS20";

- neconcordanța dintre "Fâșie dală tip D5" și "Fâșie dală tip D4" de la poziția 28.1 și 28.2;

Contestatoarea a transmis răspuns cu adresa nr. 4635/24.02.2016 și a precizat că neconcordanțele sunt erori de denumire datorate unor erori umane, asumându-și neconcordanțele și a precizat că prețurile sunt aferente materialelor solicitate în proiect și conforme cu realitatea. Totodata, contestatoarea a precizat că în Propunerea tehnică s-au respectat prevederile caietelor de sarcini, astfel punctând faptul că neconcordanțele semnalate de autoritatea contractantă reprezintă erori de numire a articolelor de material. Or, aceste explicații au fost în strânsă legătură cu ceea ce s-a solicitat la acel moment dat.

Conform adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 119/2814 din 05.07.2016, autoritatea contractantă notifică contestatoarea asupra faptului că oferta sa a fost respinsă fiind declarată neconformă, nesatisfăcând în opinia acesteia cerințele caietului de sarcini, marcat de următoarele:

1. la propunerea financiară, în Formularele F3 s-a ofertat mixtură asfaltică tip BADPS25 în loc de BADPS20, fiind interzisă folosirea acestei mixturi la acest tip de lucrări;

2. la propunerea financiară, în formularele F3 podeț dalat tip D4 s-a oferat fâșie dală tip D5 marginală beton precomprimat, L = 4,3 m în loc de fâșie dalată tip D4 marginală beton precomprimat L = 4,9 m;

3. la propunerea financiară, în formularele F3 s-a oferat dale tip D % pentru pod de șosea, prefabricat lumina = 5m, buc = 10 în loc de dale tip D4 pentru pod șosea interioară prefabricate, lumina = 4m

În concluzie, neconcordanțele semnalate de autoritatea contractantă privesc aspecte minore ale ofertei, cum ar fi:

- neconcordanța dintre "Mixtură asfaltică tip BADPS25" și "Mixtură asfaltică tip BADPS20";

- neconcordanța dintre "Fâșie dală tip D5" și "Fâșie dală tip D4" de la poziția 28.1. și 28.2.;

După cum a arătat și mai sus acestea au fost tratate prin răspunsul său nr. 4635/24.02.2016, care a fost asumat ca fiind concludente.

Nefiindu-i solicitate lămuriri suplimentare în cadrul procedurii de reevaluare, nu a avut cum să-și formuleze punctul de vedere în apărarea sa.

În dovedirea preocupării pentru o eficientă cheltuire a banului public, autoritatea contractantă avea obligația de a analiza gravitatea abaterilor constatate și acest element a fost analizat la momentul dat, fiind considerate răspunsurile sale ca fiind concludente și, astfel, fiind clarificatoare autorității contractante care nu a luat decizia inițială de a respinge oferta sa.

Sub aspect tehnic și în raport de mixturile folosite, comisia de evaluare a dat dovadă de rea credință întrucât nu a reținut răspunsul pe care l-a transmis prin solicitarea de clarificare, dând dovadă de necunoașterea normativelor de preparare și execuție a mixturilor asfaltice. După cum se poate observă, din oferta făcând trimitere la formularele F3 - pagini la care face trimitere și comisia la pag 9 - art. 7.1 - propunere financiară, articolul de procurare este generat în lista anexă aferentă articolului baza 7 DB13 B1-strat de legătură binder de mărgăritar sau pietriș, executat la cald cu așternere mecanică. Așa cum a precizat prin clarificare, eroarea este pur una de redactare din materialul BADPS 25 și cel cerut BADPS20. Eroarea este strict umană, iar acest lucru îl susține pentru că expertul tehnic cooptat trebuia să cunoască de faptul că BADPS 25-beton asfaltic deschis cu pietriș concasat cu granulație de până la 25 nu se mai fabrică, fiind o misiunea imposibilă procurarea acestuia.

De asemenea, în graba pe care a dat dovadă, autoritatea contractantă a făcut referire și la presupuse diferențe de preț între cele două mixturi, numai că este un lucru fals prin care se încearcă să se inducă în eroare Consiliul întrucât prin revizuirea AND 605 ce stă la baza producerii și execuției îmbrăcăminților din mixturi asfaltice la cald s-a înlocuit un sort și anume sort 16-25 cu sortul 16-20 astfel BADPS 25 devine BADPS 20 cu aceleași caracteristici însă mai ieftin din punct de vedere a producerii întrucât este necesară o cantitate mai mică de bitum: 42 kg/tona de mixtură față de 45 kg tonă de mixtură pentru BADPS 25. Același lucru s-a întâmplat și pentru Badpc 25 și Badpc 20.

Pentru a întări cele prezentate, anexează extras din cele două normative, cel din urmă în varianta revizuită.

Mai mult de atât, nu înțelege cum s-a determinat care este mixtura asfaltică superioară și după ce criterii tehnice se poate face o comparație, întrucât BADPS 25 și BADPC 25 nu se mai produce. O astfel de reținere nu poate fi acceptabilă din punct de vedere tehnic și nici financiar, iar o greșeală de redactare nu poate susține demersul autorității contractante de a descalifica oferta sa.

Nu poate înțelege și, în orice caz, nu este legal întemeiat ca, în urma analizei ofertei sale de către o echipă de profesioniști să fie descalificată pentru o greșeală de redactare, când și prin reducere la absurd nu putea oferta un material care nu se produce, mai mult de atât se afirmă că ar fi avantajat-o ofertarea aceluși material din punct de vedere economic. În plus, pentru a arăta că a fost o eroare de operare a anexat ofertă de preț pentru mixtură asfaltică, ofertă ce a stat la baza fundamentării ofertei sale financiare elaborată de SC ...SRL nr. 734/18.12.2015.

Nu este singura obiecție/motivație pentru care, în mod incorect, autoritatea contractantă a descalificat-o pe motiv că oferta nu ar fi conformă. Ei bine, și aceasta reprezintă un alt exemplu de cum a greșit autoritatea contractantă și anume cu privire la prefabricatele pentru podețe dalate.

De fapt, în ceea ce privește prefabricatele pentru podețele dalate s-au ofertat ca și materiale în lista anexă aferentă articolelor montate prefabricate mai mari de tipul dalelor tip D5 care sunt pentru podețe tip D5 cu lumina de 5 m. Și aceasta este o greșeală de natură umană întrucât nu s-a selectat corect materialul din listă, oferta nefiind modificată, iar prețul pentru prefabricatele D5 este mai mare întrucât ele sunt mai mari față de cele D4. Această eroare putea fi justificată prin clarificarea noastră. În plus a anexat oferta de preț ce a stat la baza fundamentării ofertei sale elaborată de către SC ... SRL nr. OFR 10161/16.12.2015 de unde se poate constata că prețurile ofertate sunt cele pentru dala centrală și dala marginale tip D4.

Consideră că aceste erori nu afectează clasamentul prin corecția lor.

Răspunsul oferit de contestatoare la respectiva solicitare de clarificare a fost unul concludent, motiv pentru care în reevaluare nu se justifică temeinicia descalificării sale fără a i se aduce la cunoștință noile aspecte legate de respectivele solicitări de clarificare ce necesită aprofundare din partea evaluatorului, așa cum o impune art 78 din H.G. 925/2006 și la care a făcut referire în prima parte a înscrisului său privitor la aspectele de ordin procedural.

După cum se poate constata, nici prevederile noi în materia achizițiilor publice nu contravin susținerilor sale motivate pe prevederile art. 79 și 80 din HG nr. 925/2006.

Așadar, apreciază că respingerea ofertei sale pentru motivul invocat de autoritatea contractantă este nelegală și în totală contradicție cu spiritul legii și litera legii.

Autoritatea contractantă nu a luat în considerare, deși era legitim să o facă, prevederile Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale HG nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, prevederi care arată menținerea unor puncte de vedere din vechea legislație în domeniu cât și arată că și în noua viziune a legiuitorului asupra corectei reglementări a domeniului achizițiilor publice, contestatoarea este îndrituită a fi menținută în cadrul procedurii de atribuire cu oferta sa ca fiind conformă și admisibilă.

Raportându-se la noua lege în materie, constată faptul că efectul produs de comisia de evaluare prin acțiunile și inacțiunile sale este acela că, prin decizia luată conform celor comunicate în Adresa cu nr. 119/2814 din 05.07.2016, a sfidat prevederile art. 209 alin. (2) care nu îi dau dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat.

Inclusiv prin raportare la vechea legislație aplicabilă în materie, respectiv OUG nr. 34/2006 și HG nr. 925/2006, actele comisiei de evaluare sunt acte administrative. În conformitate cu prevederile Legii 554/2004 privind contenciosul administrativ, obligația de a face, așa cum era definită la art. 78 din H.G. 925/2006, este privită ca act administrativ, iar neîndeplinirea obligației de a face este considerată, ca atare, drept refuz de emitere a unui act administrativ.

Astfel, nesolicitând noi clarificări și completări, autoritatea contractantă a favorizat pe competitorul declarat câștigător și a defavorizat oferta SC ... SRL, fiind astfel o îndepărtare de scopul achizițiilor publice reglementat în baza art. 2 alin (1) lit. a) din OUG 34/2006 - act normativ ce stă la baza inițierii procedurii de atribuire.

Favorizarea unui alt competitor prin raportare și la prevederile art. 209 alin. (2) al Legii nr. 98/2016 s-a făcut în contextul în care autoritatea contractantă a cerut clarificări/completări de care nu a ținut cont, deși era îndrituită să o facă, după cum arată limpede prevederile aplicabile în prezent din legislația referitoare la achizițiile publice. Astfel, pornind de la respectarea prevederilor alin. (1) din articolul de lege mai sus amintit, atunci când *„informațiile sau documentele prezentate (...) sunt incomplete sau eronate (...)”*, autoritatea contractantă cere clarificări de care trebuie să țină cont.

A ține cont de clarificările aduse în susținerea ideii că ar fi vorba de erori/vicii de formă (așa cum sunt acestea tratate în prevederile HG 925/2006 cât și ale noii legislații, respectiv ale Legii 98/2016 și ale H.G. 395/2016) nu reprezintă nicidecum un atribut facultativ al autorității contractante, ci este un imperativ legal care derivă în mod evident din art. 2 al OUG nr. 34/2006 și ale art. 2 al HG nr. 925/2006 cât și ale aceluiași articol 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 unde se face trimitere în mod limpede la *„respectarea principiilor tratamentului egal și transparenței”*.

Consideră că autoritatea contractantă a încălcat grav prevederile OUG nr. 34/2006 și ale HG nr. 925/2006, cât și raportat la voința

legiuitorului de reglementare nouă a domeniului achizițiilor publice după cum o exprimă conținutul Legii nr. 98/2016 în ceea ce privește respectarea principiului tratamentului egal din moment ce nu a ținut cont de clarificările sale iar efectului a fost cel contrar stabilit în alin. 2 al art 209 și anume „*determinarea apariției unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*”, dar cu precizarea că nu atât prin clarificările cerute, cât prin neluarea în considerare a acestora s-a creat în mod artificial un avantaj competitiv pentru ceilalți participanți la procedura mai sus amintită și a căror ofertă a fost declarată câștigătoare.

În ceea ce privește fondul cauzei, consideră că decizia de respingere a ofertei sale este una injustă și netemeinic fundamentată raportat la legislația în materie, corelat cu situația de fapt existentă la dosarul achiziției și cu explicațiile ce ar fi fost depuse și se regăsesc în cadrul prezentei contestații.

Cu adresa nr. 5335/01.08.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 23380/01.08.2016, SC ... SRL a înaintat la Consiliu un "set de opinii", în care a învederat următoarele:

Cu privire la constatarea gravelor abateri procedurale ca urmare a vizualizării parțiale a dosarului achiziției la sediul autorității contractante, cât și concluzii cu privire la punctul de vedere emis de autoritatea contractantă sub nr. 124/3054 din 25.07.2016 față de contestația sa nr. 5259/18.07.2016, comunicat acesteia prin fax în data de 26.07.2016.

Totodată, ține să invoce în fața Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și o excepție procedurală privind tardivitatea exprimării punctului de vedere al autorității contractante, care nu se înscrie în rândul celor care completează capetele inițiale de cerere regăsite în contestația sa.

Această excepție nu afectează celelalte capete de cerere formulate înăuntrul contestației inițiale.

În ceea ce privește fundamentarea juridică a acestei excepții, enunță prevederile art. 18 alin. (1)-(3) din Legea nr. 101/2016, pe care le citează.

În ceea ce privește solicitarea sa, solicită Consiliului să constate faptul că autoritatea contractantă a transmis contestatoarei punctul său de vedere asupra contestației sale abia marți 26.07.2016, fiind, astfel încălcate dispozițiile art. 18 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.

Punctul de vedere al autorității contractante nu răspunde la întrebarea fundamentală "*De ce explicațiile noastre nu sunt acceptabile?*", în condițiile în care fundamentarea ei stă doar în baza raportului expertului cooptat care nu răspunde clar și de ce sunt descalificați pentru motive tehnice și economice similare la ofertarea podețelor, în condițiile în care celălalt operator economic este calificat.

Punctul de vedere al autorității contractante este unul care nu răspunde la toate aspectele de natură juridică ce atestă nerespectarea

procedurii de achiziție în etapa de evaluare, fapt ce conduce la prezumția achiesării la acestea.

Răspunsul autorității contractante legat de procedura de atribuire survine târziu și denotă o tergiversare a procedurii care să împiedice constatarea abaterilor procedurale ce puteau deriva din vizualizarea la termen a dosarului achiziției, inclusiv cele legate de transparență și confidențialitate, cât și a constatării astfel a lipsei tratamentului egal aplicat celor doi operatori economici rămași în procedură, după cum va demonstra cu mijloace de probă mai jos.

Operatorului economic Asocierea SC ... SRL și SC ... SA i s-a permis și facilitat accesul la întreaga sa ofertă, fiindu-i pusă la dispoziție inclusiv în format electronic.

Contestatoarei nu i s-a permis vizualizarea dosarului achiziției complet, decât parțial la circa 10 zile de la depunerea contestației inițiale, deși contestatoarea a solicitat în scris acest aspect, inclusiv, odată cu notificarea prealabilă la care punct nu s-a răspuns de nicio formă.

Contestatoarei nu i s-a adus la cunoștință faptul că oferta formulată de Asocierea SC ... SRL și SC SA este marcată de confidențialitate în integralitatea ei financiară și economică.

Acest fapt nu a fost prezentat nici Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor și nici contestatoarei, cu ocazia transmiterii punctului de vedere față de contestația inițială a contestatoarei, ci, per a contrario, s-a redactat un prim punct de răspuns față de contestația sa prin care succint își amintește faptul că dosarul trebuie să fie public, deci poate acum fi consultat și de contestatoare.

Autoritatea contractantă nu a îndeplinit nici un demers în vederea clarificării aspectelor ce țin de confidențialitatea datelor din oferta formulată de Asocierea SC ... SRL și SC SA Consideră că autoritatea contractantă a creat cadrul încălcării grave a scopurilor și principiilor regăsite la art. 2 din OUG nr. 34/2006, coroborat cu obligația regăsită la art. 17 din același act normativ, cât și se constată grave abateri de la satisfacerea principiilor derulării litigiilor în materia achizițiilor publice, reglementate de art. 15 alin. (1) din Legea nr. 101/2016. Autoritatea contractantă a permis accesul la informații din cadrul procedurii de atribuire, chiar înaintea sa, unor persoane ce nu prezintă calitate în procedură, după cum va justifica prin mijloc de probă atașat la prezentul set de opinii. Expertul cooptat nu a analizat corespunzător oferta prezentată de către Asocierea SC ... SRL și SC ... SA, deși avea această obligație. Conform cu raportul expertului tehnic cooptat, nu se constată nicio abatere în oferta efectuată de către acest operator economic, deși chiar Asocierea SC ... SRL și SC ... SA recunoaște existența unor vicii similare cu ale sale în ofertarea podețelor încadrându-le, ca și contestatoarea, în categoria viciilor de formă, motivat de prevederile art. 80 din H.G. 925/2006. Ori, ce să constate în concluzie că nouă eroarea nu îi este acceptată, iar operatorului economic Asocierea SC ... SRL și SC ... SA le este trecută cu vederea, nici măcar nefiind amintită în raport existența acestui aspect. Prin urmare, comisia de evaluare lucrează cu

unități de măsură diferite, fapt ce contravine prevederilor legale. Edificator, în acest sens, stau documente pe care le atașează la prezentul set de opinii, după cum urmează:

- solicitarea de clarificări a autorității contractante nr. 67/769 din 19.02.2016 și răspunsul nr. 258 din 24.02.2016 al liderului Asocierii, respectiv SC ... SRL, înscrisuri pe care le atașează la prezenta;

- Dispoziția Primarului comunei Valea Moldovei de constituire a Comisiei de evaluare;

- Dispoziția Primarului comunei Valea Moldovei de anulare a raportului procedurii de evaluare nr. 88/1649 din data de 05.04.2016 și extras pag. 2 din acesta care atestă faptul că nu au fost emise dispoziții pentru experți tehnici cooptați pentru prima evaluare;

- Extras din raportul procedurii de evaluare nr. 88/1649 din data de 05.04.2016, pag. 70 – 75, care reflectă existența unei clarificări suplimentare a autorității contractante și care nu i-a fost cunoscută în conținutul documentelor puse spre vizualizare, cât și un răspuns al SC față de aceasta care nu i-a fost făcut opozabil, iar în concluzie rezultă inaplicabilitatea tratamentului egal între ofertanți în procesul de evaluare;

- Raportul procedurii nr. 117/2812 din data de 05.07.2016, care reflectă susținerile sale privind reevaluarea incorectă a ofertelor în această etapă conform susținerilor sale din prezentul set de opinii cât și din contestația inițială formulată de contestatoare în care se reflectă superficialitatea, considerând că de altfel, oferta asocierii declarate câștigătoare nici nu a mai făcut obiectul analizei comisiei de evaluare, în condițiile în care tratamentul egal nu s-a aplicat, iar acum, un expert tehnic cooptat pentru prima oară în procedură nici nu a mai catadicsit să evalueze corespunzător oferta respectivă, deși erorile privind podețele sunt similare cu ale contestatoarei atât privind ofertarea cât și valoarea;

- Dispoziția Primarului comunei Valea Moldovei de numire a expertului tehnic cooptat și Raportul de specialitate a expertului cooptat din care rezultă că nici măcar nu a observat erorile în ofertare de către Asocieria SC ... SRL și SC SA privind podețele - erori similare cu ale contestatoarei și pentru care i-a catalogat oferta neconformă, iar a asocierii ca fiind conformă. Mai mult de atât, expertul cooptat nu a exprimat nici opinii privitoare la partea sau părțile din oferta tehnică ce poate intra sub auspiciul confidențialității, probabil datorită dezinteresului comisiei de evaluare de a mai analiza și aspectele ce țin de procedură sau chiar și de oferta formulată de către Asocieria SC ... SRL și SC ... SA.

Unul din capetele sale de cerere prezente și în cadrul notificării prealabile a fost cel legat de permiterea vizualizării dosarului achiziției de către autoritatea contractantă.

Față de solicitarea sa formulată expres, în scris, și regăsită în cuprinsul capetelor de cerere din notificarea prealabilă nr. 5228/11.07.2016, autoritatea contractantă a remis contestatoarei adresa nr. 121/2910 din data de 13.07.2016 ca răspuns înăuntrul căruia a omis a îi răspunde privitor la acest capăt de cerere.

După cum a arătat și în contestația sa inițială, comisia de evaluare a încălcat în cadrul procedurii de atribuire principiul fundamental în materia achizițiilor publice, respectiv cel al transparenței și chiar al tratamentului egal, rezultând astfel o încălcare a obligației impuse de legiuitor și definită la art. 17 din OUG 34/2006, cu modificările și completările ulterioare.

Având în vedere răspunsul autorității contractante de la punctul 1 din punctul de vedere datat sub nr. 124/3054 din 25.07.2016 față de contestația sa nr. 5259/18.07.2016, comunicat contestatoarei prin fax în data de 26.07.2016, s-au deplasat la sediul autorității contractante, joi 28.07.2015, doi delegați ai contestatoarei, în scopul vizualizării documentației dosarului achiziției publice, inclusiv a ofertei prezentate de către ofertantul declarat câștigător, respectiv Asocierea dintre SC ... SRL împreună cu SC ... SA, liderul asocierii fiind prima societate din cele două menționate mai sus.

Demersul său a fost realizat în contextul unei tergiversări a soluționării cerinței sale de a avea acces la documentația depusă de ofertantul declarat câștigător în această procedură și în condițiile în care, potrivit noilor reglementări legale, termenul pe care Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor îl are pentru a da o soluție într-un anumit dosar a fost diminuat la 20 de zile.

Cei doi delegați ai contestatoarei care s-au deplasat la sediul autorității contractante au ajuns la destinație în jurul orei 09.15 și au primit permisiunea de a vizualiza dosarul abia la ora 11.40, în condițiile în care dreptul de a vedea documentația depusă de ofertantul declarat câștigător al procedurii de atribuire i-a fost restricționat, pe motivul existenței a două declarații de confidențialitate, considerând astfel ca fiind uzitate manevre dolosive de care nu poate fi exonerată autoritatea contractantă întrucât aceasta din urmă nu a depus toate diligențele legitime pentru a se asigura de corectitudinea demersurilor reprezentanților asocierii firmelor ieșene ... SRL și ... SA.

Invocarea art. 24 din O.U.G. nr. 34/2006 este una care numai aparent poate avantaja pe SC ... SA și SC ... SRL. Este adevărat că *„autoritatea contractantă are obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale, în măsura în care, în mod obiectiv, dezvaluirea acestor informații ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial și proprietatea intelectuală”*, dar modalitatea obiectivă de prejudiciere a intereselor printr-o eventuală divulgare a informațiilor confidențiale trebuie demonstrată. Invocarea la un mod lapidar a acestui articol, fără a avea suportul probatoriu adecvat este inacceptabilă pentru o autoritate contractantă, care nu dorește altceva decât să respecte scopurile/principiile care sunt inserate în legislația de specialitate, respectiv în art. 2 al OUG nr. 34/2006. De altfel, legiuitorul a și precizat în debutul art. 24 al OUG nr. 34/2006 că *„obligația de a asigura garantarea protejării acelor informații pe care operatorul economic le precizează ca fiind confidențiale”* poate fi statuată doar *„Fără a aduce*

atingere celorlalte prevederi ale prezentei ordonanțe de urgență", adică să nu contravină principiilor din OUG 34/2006 și aici are în vedere principiile transparenței și a tratamentului egal. Ofertantul declarat câștigător al procedurii a invocat art. 170 din OUG nr. 34/2006, iar autoritatea contractantă nu i-a arătat că a urmărit însă respectarea textului de lege. „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile din documentația de atribuire și indică că în cuprinsul acesteia care informații din propunerea tehnică și/sau din propunerea financiară sunt confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală”.

Din parcurgerea documentației la care autoritatea contractantă i-a facilitat accesul, nu a rezultat decât „rugămintea” celor de la ...SA și ... SRL ca „autoritatea contractantă să păstreze confidențialitatea lor (o datelor din ofertele tehnică și financiară) sub sancțiunea aplicării legislației din România”. Nu este vorba despre niciun alt document - cel puțin niciunul care să poată să fie analizat și de contestatoare, pentru minima și optimala respectare a principiului transparenței - care să justifice care din date sunt „confidențiale, clasificate sau sunt protejate de un drept de proprietate intelectuală” și care ar fi acele motive (nu detalii) care „ar prejudicia interesele legitime ale operatorului economic, în special în ceea ce privește secretul comercial”.

De asemenea, același lucru este valabil și în privința ofertei tehnice față de care cei de la SC ... SRL și SC SA s-au rugat autorității contractante, iar aceasta din urmă a acceptat să considere confidențiale toate datele tehnice privind modernizarea unor drumuri.

Desigur, proprietatea intelectuală are două componente: proprietatea industrială și drepturile de autor și drepturile conexe. Protecția dreptului de autor și a drepturilor conexe este reglementată de Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, precum și OG 45/2000 privind combaterea producerii și comercializării neautorizate a fonogramelor (aprobată prin Legea nr. 624/2001) și OG nr.124/2000 pentru completarea cadrului juridic privind dreptul de autor și drepturile conexe prin adoptarea de măsuri pentru combaterea pirateriei în domeniile audio și video, precum și a programelor pentru calculator (aprobată prin Legea nr. 213/2002). A arătat mai sus care au fost deficiențele autorității contractante vizavi de rugămintea ofertantului câștigător al procedurii, raportat la Legea nr. 8/1996. Nu crede despre celelalte două legi ca, vizând domenii destul de diferite față de cel al construcției de drumuri, ar putea avea vreo incidență în speța de față.

Cea de-a doua latură a protecției intelecturale este proprietatea industrială. Protecția drepturilor de proprietate industrială este reglementată, în principal, prin următoarele legi speciale: Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, republicată, Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice, Legea nr. 129/1992 privind protecția desenelor și modelelor industriale, republicată, Legea nr. 16/1995 privind protecția topografiilor circuitelor integrate, Legea nr. 255/1998 privind protecția noilor soiuri de plante, OG nr. 41/1998

privind taxele în domeniul proprietății industriale și regimul de utilizare a acestora aprobată prin Legea nr. 383/2002.

Solicită Consiliului să constate că nici la art. 215 al OUG nr. 34/2006 nu a identificat vreo excepție, nici măcar implicită, darămite explicită, de la principiile transparenței și tratamentului egal. Consideră că acesta este un motiv temeinic pentru a solicita anularea procedurii, întrucât autoritatea contractantă a neglijat total prevederi legale, invocate de ofertantul declarat câștigător ca și când ar fi în avantajul său, dar care nu constituie excepții de la art. 2 al OUG 34/2006.

Nici în privința celui de-al patrulea articol invocat de asocierea SC ... SRL și SC ... SA în așa numita Declarație de Informații Confidențiale lucrurile nu stau altfel. Este vorba despre art. 274 care, mai exact la alin. (4), prevede ca *„la cerere, contestatorul are acces la documentele aflate în dosarul achiziției publice depuse de autoritate la Consiliu, cu excepția propunerilor tehnice ale celorlalți ofertanți la procedura de atribuire, acestea din urmă putând fi consultate de contestator numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți, acord care se anexează la cererea pe care contestatorul o adresează Consiliului”*. Contestatoarea se întreabă retoric de ce ofertantul declarat câștigător a formulat respectivele declarații de informații confidențiale atât pentru oferta financiară, cât și pentru cea tehnică, iar ca motivare face trimitere la un articol de lege care permite vizualizarea ofertei financiare în condițiile în care nu face nicio referire la confidențialitate ca urmare a protejării vreunui drept de proprietate intelectuală ? Mai mult de atât, de ce autoritatea contractantă nu a sesizat nici măcar acest aspect că a fost invocată confidențialitatea sau mai exact autoritatea contractantă a fost rugată să trateze aproape toată documentația ca fiind confidențială invocându-se chiar și un articol care nu se referă la așa ceva ? Învederează Consiliului că autoritatea contractantă a încălcat flagrant prevederile art. 274 alin. (4) al OUG nr. 34/2006. Probabil că dacă nu s-ar fi grăbit să declare câștigătoare oferta asocierii SC ... SRL și SC ... SA și ar fi citit cu atenție toate articolele invocate de ofertantul declarat câștigător ar fi realizat că niciunul din articolele invocate în declarația de informații confidențiale nu se constituie drept excepție de la principiile transparenței și a tratamentului egal. De asemenea, ar fi dat mai multă atenție conținutului art. 274, alin. (4) și ar fi înțeles cu adevărat ce înseamnă *„la cerere, contestatorul are acces la documentele aflate în dosarul achiziției publice depuse de autoritate la Consiliu, cu excepția propunerilor tehnice ale celorlalți ofertanți la procedura de atribuire, acestea din urmă putând fi consultate de contestator numai cu acordul scris al respectivilor ofertanți, acord care se anexează la cererea pe care contestatorul o adresează Consiliului”*.

În final, arată că autoritatea contractantă a divulgat informații către persoane care nu aveau nicio calitate oficială în faza procedurală, existând suspiciuni temeinice privind premeditarea avantajării competitorilor. Astfel, chiar în ziua în care a fost depusă contestația la Consiliu, autoritatea contractantă transmite pe e-mail date din oferta sa la persoane care nu aveau nicio calitate în legătură cu evaluarea

ofertelor și nici în legătură cu soluționarea de către autoritatea contractantă a eventualelor contestații/notificări prealabile, după cum rezultă din e-mail-ul transmis în data de 18 iulie 2016, la ora 18:59:20.

Contestatoare consideră acest demers „suspect”, coroborat cu încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 274, alin. (4) al OUG nr. 34/2006 prin comunicarea - după cum rezultă din extrasul după e-mail-ul comunicat de autoritatea contractantă către ofertantul declarat câștigător și pus la dispoziție chiar de către cea dintâi - ofertei tehnice a contestatoarei fără să aibă acordul său expres.

Prin adresa nr. 22022/1561-C4/20.07.2016, Consiliul a înștiințat autoritatea contractantă despre depunerea contestației de către SC ... SRL, solicitând punctul de vedere cu privire la contestație, precum și copii ale documentelor emise de autoritate după punerea în aplicare a deciziei nr. ...

Autoritatea contractantă a transmis documentele solicitate împreună cu punctul său de vedere nr. 124/25.07.2016, înregistrat la Consiliu cu nr. 22879/27.07.2016, prin care solicită respingerea contestației ca nefondată și menținerea tuturor actelor emise în ceea ce privește prezenta procedură și continuarea procedurii de atribuire.

În punctul său de vedere, autoritatea contractantă solicită respingerea contestației ca fiind nefondată și neîntemeiată și să se dispună continuarea procedurii de atribuire.

Pe fond, autoritatea contractantă arată că a procedat la punerea în aplicare a Deciziei, dispunând anularea raportului procedurii nr. 88/1649 din 05.04.2016, a comunicărilor privind rezultatul procedurii și reevaluarea ofertelor pentru operatorii economici implicați în procedură (SC ... SRL și Asocierea dintre SC ... SRL + SC ... SA).

În urma reevaluării documentelor depuse de ofertanți, ținând cont de Raportul expertului extern cooptat întocmit de ing. ... (cu specializarea CFDP) înregistrat la nr. 112/2667 din data de 24.06.2016 și de Decizia CNSC nr. ..., comisia de evaluare a decis că propunerea financiară depusă de SC ... SRL nu satisface cerințele caietului de sarcini, astfel:

În cadrul propunerii financiare, în formularele F3 - Liste cu cantități de lucrări (pag. 9 - art. 71 cu cantitatea de 2.965,87 to și pag. 39 - art. 11.1. cu cantitatea de 82,15 to), s-a ofertat mixtură asfaltică tip BADPS25 în loc de mixtură asfaltică tip BADPS20 (material impus a fi ofertat). În listele cuprinzând consumurile de resurse materiale s-a ofertat tot BADPS25 în loc de BADPS20 (pag. 305). Potrivit normativului Mixturi asfaltice executate la cald - condiții tehnice privind proiectare, prepararea și punerea în operă (indicativ AND 605 - revizuire 2014), este interzis a se pune în operă mixtura asfaltică tip BADPC25 (pentru execuția lucrărilor de tipul celor pentru care a fost inițiată prezenta procedura de achiziție).

În cadrul propunerii financiare, în Formularul F3 - Liste de cantități, devizul 10 - Podeș dalat tip D4, la pag. 30 - art. 28.1 s-a ofertat Fâșie dală tip D5 marginală beton precomprimat, L= 4,3 m în loc de Fâșie dală tip D4 marginală beton precomprimat L= 4,9 m; De asemenea, la pag. 304 - Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale s-a ofertat tot

Fâșie dală tip D5 marginală beton precomprimat, L = 4,3 m în loc de Fâșie dalată tip D4 marginală beton precomprimat L = 4,9 m, material impus a fi oferat în caietul de sarcini. Dalele marginale oferate (D5) nu corespund cerințelor caietului de sarcini (pentru execuția unui podeț dalat D4 - așa cum este prevăzut în proiectul „Modernizare drumuri agricole prin măsura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava”);

În cadrul propunerii financiare, în Formularele F3 - Liste de cantități, Devizul 10 - Podeț dalat tip D4, la pag. 30 - art. 28.2 s-a oferat dale tip D5 pentru pod de șosea, prefabricat lumina = 5m, buc = 10 în loc de dale tip D4 pentru pod șosea interioară prefabricate, lumina = 4m, cum era prevăzut în caietul de sarcini. Dalele D5 oferate se folosesc pentru podețe cu lumina de 5 m și nu pentru podețe dalate D4 cu lumina de 4. Dalele D5 oferate nu corespund cerințelor caietului de sarcini, unde au fost prevăzute dale D4.

Criticile aduse de contestatoare sunt:

1. Contestatoarea a solicitat, prin Notificarea prealabilă nr. 5228 din 11.07.2016 să i se permită vizualizarea dosarului achiziției iar autoritatea contractantă a omis acordul, favorizând un alt operator economic rămas în cadrul procedurii;

2. Referitor la motivele invocate de autoritatea contractantă pentru respingerea ofertei depuse de S.C. ... S.R.L, se impunea, conform principiului tratamentului egal, solicitarea de informații suplimentare;

3. Contestatoarea consideră decizia comisiei de a reevalua ofertele conform Deciziei CNSC nr. ... ca fiind „hazardată, dacă nu chiar ilegală”;

4. Contestatoarea afirmă că autoritatea contractantă nu a făcut dovada deplină a profesionalismului în mai multe aspecte ce țin de derularea procedurii de achiziție publică, a dat dovadă de superficialitate la reevaluarea ofertelor care au rămas valabile în procedură deoarece neconcordanțele semnalate de autoritatea contractantă (pentru care au fost respinsă oferta) privesc aspecte minore ale ofertei, respectiv:

Neconcordanța dintre „Mixtură asfaltică tip BADPS25” și „Mixtură asfaltică tip BADPS20”

Neconcordanța dintre „Fâșie dală tip D5” și „Fâșie dală tip D4” de la poziția 28.1 și 28.2;

Referitor la:

1. Menționează că dosarul achiziției este document public, se află la sediul autorității contractante și poate fi studiat oricând pe durata programului de funcționare a Primăriei comunei Valea Moldovei, între orele 8-16, iar la sediul autorității contractante nu s-a prezentat niciun reprezentant autorizat al contestatoarei cu o solicitare în acest sens.

2, 3 și 4 - Referitor la motivele de respingere ale ofertei contestatoarei, respectiv faptul că unele materiale sunt diferite ca cerințe de calitate și dimensiuni decât cele impuse prin Documentația de atribuire, precizează că au fost solicitate clarificări prin adresa cu nr. 69/771 din 19.02.2016, răspunsul fiind înregistrat la nr. 71/913 din 24.02.2016 și consta în afirmația că sunt erori ale programului de devize, precizând că prețurile sunt corecte și sunt aferente materialelor BADPS20, respectiv BADPC20. La acea dată, comisia de evaluare a

apreciat răspunsul ca fiind concludent. Ținând cont de prevederile art. 280 din OUG nr. 34/2006:

„Decizia prin care Consiliul anulează în tot sau în parte actul atacat este obligatorie pentru autoritatea contractantă.”

(3) *Decizia Consiliului este obligatorie pentru părți, contractul de achiziție publică încheiat cu nerespectarea deciziei Consiliului fiind lovit de nulitate absolută.* Comisia de evaluare a pus în aplicare prevederile Deciziei Consiliului nr. ..., iar conducătorul autorității contractante a emis Dispoziția nr. 236 din 253.05.2016 privind anularea rezultatului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor cu privire la atribuirea contractului de lucrări.

Referitor la oferta tehnică depusă de contestatoare, Consiliul precizează (la pag. 36 din Decizie) că modificarea clasei de mixtură nu poate fi considerată o eroare a programului de devize, indiferent de program, fiind imposibil ca în conținutul lui să fie o singură marcă de mixtură, iar afirmația contestatoarei că prețul BADPC20 și BADPS20 este același cu BADPC25 și BADPS25 nu poate fi luat în considerare fără o probă în acest sens, iar BADPC25 și BADPS25 fiind clase superioare de mixturi, ar trebui să aibă un preț mai mare. În continuare, Consiliul apreciază că explicațiile ofertantului (SC ... SRL) din adresa cu nr. 71/913 din 24.02.2016 trebuiau considerate neconcludente, având în vedere și faptul că nu s-a prezentat vreun document pentru dovedirea prețului respectiv, pentru a se evita situația în care ofertantul deconta prețul produsului superior punând, în schimb, în operă un alt produs, respectiv BADPC20 și BADPS20. Modificarea clasei de mixturi prin răspunsurile la clarificări nu poate fi considerată abatere tehnică minoră sau un viciu de formă. În anexa nr. 1 la Contractul de vânzare produse cu nr. 393/11.04.2016, depusă de contestatoare odată cu cererea de intervenție, confirmă faptul că prețul BADPC20 nu este 195 lei/to, cum afirmă în răspunsul la solicitarea de clarificări, ci 160 lei/to.

Referitor la Neconcordanța dintre „Fâșie dală tip D5” și „Fâșie dală tip D4” de la poziția 28.1 și 28.2, Consiliul precizează că „nu poate fi de acord că ar fi vorba de erori ale programului de devize, acesta nefiind în măsură să schimbe dimensiuni ale datelor, ci mai degrabă erori de introducere a datelor, deci explicațiile ofertantei câștigătoare (S.C. ... SRL) nu pot fi acceptate, prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuia să considere oferta prezentată drept conformă”.

Având în vedere cele menționate de Consiliu în Decizia nr. ..., pentru reevaluarea ofertelor tehnice autoritatea contractantă a procedat la cooptarea unui expert extern -ing. ... (cu specializarea CFDP). Comisia de evaluare a pus la dispoziția expertului extern copii ale ofertelor SC ... SRL și Asocierii S.C. ... SRL + SC SRL, solicitările de clarificări transmise de comisie și răspunsurile ofertanților aferente acestora. Expertul extern a elaborat un raport de specialitate, acesta fiind înregistrat la autoritatea contractantă cu nr. 112/2667 din 24.06.2016 și se regăsește în dosarul transmis de autoritatea contractantă către Consiliu. Astfel, potrivit Raportului expertului extern cooptat, sunt reținute următoarele: *„Potrivit Normativului Mixturi asfaltice executate la*

cald - condiții tehnice privind proiectarea, prepararea și punerea în operă - Indicativ AND 605 (revizuire 2014), materialul oferat de SC ...SRL, respectiv mixtura asfaltică tip BADPS25 este interzis a se mai pune în operă pentru lucrări de tipul acesta"....

„Menționez faptul că potrivit Normativului Mixturi asfaltice executate la cald - condiții tehnice privind proiectarea, prepararea și punerea în operă - Indicativ AND 605 (revizuire 2014), materialul oferat de SC ... SRL, respectiv mixtura asfaltică tip BADPC25 este interzis a se mai pune în operă pentru lucrări de tipul acesta"...

„Menționez faptul că dalele marginale D2 nu corespund caietului de sarcini pentru execuția unui podeț dalat tip D4, prevăzut în proiect"...

„Menționez faptul că dalele D5, buc = 10 oferate de S.C. ... S.R.L." sunt pentru un podeț cu lumina de 5 m, nu pentru un podeț dalat D4 cu lumina de 4 m, cum este prevăzut în proiect. S.C. ... S.R.L. nu îndeplinește condițiile prevăzute în caietul de sarcini."

Având în vedere cele menționate de Consiliu în Decizia cu nr. ..., cât și precizările din Raportul de specialitate furnizat de expertul extern cooptat, comisia a apreciat că solicitarea unor noi clarificări (la momentul reevaluării ofertelor) asupra aspectelor pentru care au fost deja solicitate informații suplimentare, ar fi nejustificată și inutilă. Răspunsul furnizat de SC ... SRL a fost analizat atât de inginerul expert cooptat, cât și de membrii Completului C4 care au emis opinii clare.

Oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă cu respectarea tuturor prevederilor legale în vigoare, ținând cont de prevederile documentației de atribuire.

Având în vedere cele expuse mai sus, solicită Consiliului să respingă contestația ca nefondată și să dispună continuarea procedurii.

Cu adresa nr. 5380/08.08.2016, înregistrată la Consiliu cu nr. 24198/08.08.2016, SC ... SRL a transmis concluzii scrise în care reia susținerile sale din contestația inițială și din completările ulterioare, respectiv:

- nu i s-a permis vizualizarea dosarului achiziției complet, decât parțial la circa 10 zile de la depunerea contestației inițiale, deși acesta a solicitat în scris acest aspect, inclusiv odată cu notificarea prealabilă. În schimb, operatorului economic Asocierea SC ... SRL și SC ... SA i s-a permis și facilitat accesul la întreaga sa ofertă, fiindu-i pusă la dispoziție, inclusiv, în format electronic, oferta tehnică a contestatoarei, deși există restricții clare în acest sens în OUG 34/2006 [art. 274, alin. (4)]

-autoritatea contractantă nu a dus la îndeplinire în mod corespunzător dispozitivul Deciziei Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor prin care s-a dispus reevaluarea ambelor oferte, respectiv ale SC ... SRL și ale Asocierii SC ... SRL și SC ... SA, pornind de la un rezultat prestabilit, solicitând o clarificare doar de la contestatoare și descalificând-o pe aceasta pentru alte motive ce nu au fost solicitate spre clarificare, respectiv pentru puncte ce nu au fost supuse reevaluării. Față de Asocierea SC ... SRL și SC ... SA nu s-au efectuat solicitări de clarificare.

-Expertul cooptat n-a analizat corespunzător oferta Asocierii SC ... SRL și SC ... SA și nu a constatat nicio abatere în oferta celei din urmă.

-Consideră că procedura de atribuire este afectată grav prin „secretizarea abuzivă și discreționară” a unor date care sunt extrem de importante în evaluarea ofertelor și pentru asigurarea transparenței și, de ce nu, a contradictorialității în eventualitatea unor contestații, prin tergiversarea comunicării faptului că există o Declarație de Informații Confidențiale cu privire la ofertele tehnică și financiară, prin comunicarea unor date către persoane care nu au nicio calitate în această fază a procedurii și prin nerealizarea unei minime verificări cu privire la conținutul articolelor invocate de Asocieria SC ... SRL și ... SA - aspect care a determinat autoritatea contractantă să facă din nou o greșeală și să furnizeze ofertantului declarat câștigător mai multe date decât permite legea, în cazul de față art. 274 alin. (4) al OUG 34/2006.

-Invocă excepția procedurală privind tardivitatea exprimării punctului de vedere al autorității contractante, întrucât aceasta a transmis contestatoarei, în data de 26.07.2016, punctul său de vedere asupra contestației din data de 18.07.2016, fiind, astfel, încălcate dispozițiile art. 18 alin. (1) din Legea 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.

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

Pentru atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Execuție lucrări de construcții a drumurilor de acces agricole în comuna Valea Moldovei, în cadrul proiectului *Modernizare drumuri agricole prin Măsura 125 în comuna Valea Moldovei, județul Suceava*”, ... în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de cerere de oferte online prin publicarea în SEAP a invitației de participare nr. din 14.12.2015, odată cu care a postat și documentația de atribuire. Valoarea estimată a procedurii este de 3.666.591,63 lei.

La termenul limită de depunere a ofertelor, au fost depuse în SEAP trei oferte, astfel cum rezultă din procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 61/5180/29.12.2015, iar în urma verificării documentelor de calificare, în etapa de verificare a propunerilor financiare a rămas în competiție un singur ofertant, respectiv SC ... SRL.

Împotriva acestui rezultat, a formulat contestație SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL și SC ... SA, criticând măsura respingerii ofertei sale, dar și declararea drept câștigătoare a ofertei depusă de SC ... SRL. Prin decizia nr. ..., Consiliul a admis contestația formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL –SC ... SRL, în contradictoriu cu ... și a dispus anularea rezultatului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii, precum și reevaluarea ofertelor.

Ca urmare a acestei decizii, autoritatea contractantă a reevaluat ofertele depuse, iar potrivit raportului procedurii de atribuire nr. 117/2812/05.07.2016, oferta asocierii SC ...SRL și SC ... SA a fost declarată câștigătoare, iar oferta contestatoarei SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă. În urma acestui rezultat, SC ... SRL a formulat notificare prealabilă în termenul legal, iar autoritatea contractantă i-a răspuns prin adresa nr. 121/2910/ 13.07.2016, în sensul că menține cele stabilite în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, ca urmare a deciziei Consiliului nr. Deși răspunsul autorității contractante este sumar și nu răspunde concret la nemulțumirile contestatoarei, acest fapt nu reprezintă un motiv de nulitate a adresei respective. De asemenea, și omisiunea autorității contractante de a răspunde solicitării contestatoarei referitoare la asigurarea accesului la dosar nu poate constitui motiv de anulare a procedurii sau o abatere gravă imposibil de remediat, așa cum susține contestatoarea. Cel mult, refuzul respectiv poate constitui temei pentru tragerea la răspundere, pe calea contenciosului administrativ, a conducătorului autorității contractante.

Mai susține contestatoarea că autoritatea contractantă nu se poate prevala în răspunsul său de decizia Consiliului, întrucât aceasta nu are autoritate de lucru judecat, deoarece, potrivit art. 278 alin. 9 din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 26 alin. 10 din Legea nr. 101/2016, *„Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic”*, arătând că o decizie a Consiliului nu poate fi asimilată unei hotărâri judecătorești investită cu *„putere (autoritate) a lucrului judecat”* cel puțin prin prisma faptului că Consiliului nu este o instanță, ci este o instituție cu atribuții administrativ - jurisdicționale. Prin urmare, consideră că argumentul autorității contractante cum că a descalificat oferta sa întrucât era neconformă *„având în vedere Decizia CNSC nr. ...”* nu poate fi unul sustenabil. De asemenea, arată contestatoarea că *„Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”* (art. 28 alin. 1 din Legea nr. 101/2016), însă decizia Consiliului nr. ... se referea la reevaluarea ambelor oferte, și sub nicio formă la declararea ca neconformă a uneia din oferte, prin urmare, nici autoritatea contractantă nu poate invoca, pe just temei, atribuirea unui contract în baza unei Decizii a Consiliului.

Suținerile contestatoarei sunt nefondate în ceea ce privește lipsa autorității de lucru judecat a deciziei Consiliului neatacată cu plângere. Astfel cum citează corect, dar interpretează eronat contestatoarea, *„Decizia Consiliului este obligatorie pentru părțile cauzei”*, deci autoritatea contractantă este obligată să o pună în aplicare. Art. 278 alin. 9 din OUG nr. 34/2006, respectiv art. 26 alin. 10 din Legea nr. 101/2016, *„Consiliul nu poate decide atribuirea unui contract către un anumit operator economic”*, nu stabilesc, așa cum susține contestatoarea, caracterul facultativ al deciziei Consiliului, ci dimpotrivă, stabilesc competențe clare în atribuirea contractului: în timp de autoritatea contractantă, prin comisia de evaluare, stabilește rezultatul procedurii, Consiliul este cel chemat să verifice dacă autoritatea contractantă a interpretat corect dispozițiile legale și documentația de

atribuire în stabilirea rezultatului procedurii, censurând actul autorității încheiat nelegal. Stabilind că o ofertă a fost declarată câștigătoare cu nerespectarea legii și a documentației de atribuire, Consiliul nu a decis atribuirea contractului către un operator economic, așa cum eronat susține contestatoarea, ci a stabilit că autoritatea a declarat nelegal un anumit câștigător. Stabilirea neîndeplinirii cerințelor de calificare de către un operator economic nu echivalează, în niciun caz, cu atribuirea unui contract către un anumit operator economic, ci reprezintă controlul administrativ-jurisdicțional asupra actului întocmit de autoritatea contractantă. De asemenea, dispozițiile art. 430 din Codul de procedură civilă stabilesc următoarele: „(1) Hotărârea judecătorească ce soluționează, în tot sau în parte, fondul procesului sau statuează asupra unei excepții procesuale ori asupra oricărui alt incident are, de la pronunțare, autoritate de lucru judecat cu privire la chestiunea tranșată.

(2) Autoritatea de lucru judecat privește dispozitivul, precum și considerentele pe care acesta se sprijină, inclusiv cele prin care s-a rezolvat o chestiune litigioasă”.

Prin urmare, reevaluarea ofertelor nu înseamnă parcurgerea integrală a tuturor verificărilor realizate de la deschiderea ofertelor și până la stabilirea rezultatului procedurii, ci verificarea aspectelor cu privire la care Consiliul a stabilit, în limitele cererilor părților, existența unor abateri de la lege.

În ceea ce privește oferta câștigătoare, în decizia anterioară Consiliul a stabilit reevaluarea acestei oferte cu privire la îndeplinirea cerinței de calificare referitoare la cash-flow-ul de execuție, din considerentele deciziei rezultând clar că autoritatea a interpretat eronat dispoziția documentației de atribuire. Deci, aspectul cu privire la care trebuia reevaluată oferta în cauză este acesta. Bineînțeles că autoritatea contractantă, în măsura în care nu a făcut-o inițial, limitându-se la cerințele de calificare, avea posibilitatea verificării și a propunerii tehnice și financiare. Din contestația depusă nu rezultă critici concrete legate de admisibilitatea ofertei câștigătoare. Contestatoarea formulează în documentul intitulat Set de opinii o serie de critici referitoare la „secretizarea” ofertei câștigătoare, invocând în sprijinul afirmațiilor sale reglementările Legii nr. 98/2016, or procedura de față se derulează potrivit regulilor stabilite de OUG nr. 34/2006. Contestația în analiză se soluționează potrivit noilor reguli, or la Consiliu contestatoarea a studiat dosarul achiziției în forma existentă la acest moment.

Cu privire la oferta contestatoarei, în decizia Consiliului nr. ... s-au reținut următoarele:

„În ceea ce privește criticile contestatoarei referitoare la oferta depusă de SC ... SRL, Consiliul reține că acestea au în vedere neîndeplinirea cerințelor de calificare referitoare la personalul de specialitate, neconformitatea ofertei din cauza nerespectării salariului minim pe economie, nerespectarea unor materiale din conținutul proiectului.

În ceea ce privește nerespectarea cerințelor de calificare referitoare la personalul de specialitate, contestatoarea susține că domnul ..., numit responsabil de contract, este angajatul ofertantului SC ... SRL, începând cu anul 2012 (pagina 13/81 din Raportul Procedurii). Din precizările făcute de Comisia de evaluare reiese că a

participat în calitate de Inginer Șef doar la 2 lucrări, dar nu sunt precizate perioadele de timp în care s-au desfășurat Contractele.

Autoritatea contractantă arată că din CV-ul prezentat în ofertă (pag. 80-81) din vol. Documente de calificare reiese că persoana propusă a activat în perioada 2012 - prezent (luna decembrie 2015), în calitate de inginer șef la cel puțin 4 lucrări de drumuri și poduri (Construire pod peste râul Moldova în comuna Pojorâta, județul Suceava, Refacere pod peste pârâul Sadova în cătunul Latișeni, comuna Sadova, județul Suceava, Reabilitare instalații de apă și canalizare, inclusiv refacerea sistemului rutier Gura Humorului, județul Suceava, Asfaltare Rusca I, Rusca II Vatra Dornei, județul Suceava). Comisia a apreciat că s-a făcut dovada deținerii experienței specifice de minim 3 ani.

Verificând CV-ul prezentat de dl. ..., Consiliul observă că este întemeiată susținerea contestatoarei potrivit căreia nu rezultă experiența de 3 ani pentru domeniul solicitat, în CV fiind menționate global toate contractele derulate de persoana respectivă în decursul perioadei în care a fost angajat la SC ... SRL. Astfel, potrivit CV-ului, dl. ... este angajat al ofertantei câștigătoare „din 2012 până în prezent”, respectiv data depunerii ofertelor, 29.12.2015. În CV nu se menționează, însă, luna din care este angajat al „...”, respectiv ianuarie 2012, sau decembrie 2012, astfel că nu rezultă experiența specifică de 3 ani. De asemenea, contractele în care a lucrat sunt menționate fără precizarea exactă a perioadei în care au fost executate, printre ele fiind unele care nu pot fi considerate experiență specifică în prezenta procedură (înființare pensiune agroturistică, reabilitare apărări de maluri, construire adăpost pentru câini, reabilitare instalații de canalizare). Similar, și în ceea ce privește activitatea sa anterioară, nu se menționează când a participat la lucrarea „Reabilitare DN 17 Pojorâta –Valea Putnei”, astfel că nici de aici nu rezultă experiența specifică de 3 ani.

Rezultă, astfel, că societatea contestatoare în mod corect a apreciat că trebuiau întreprinse verificări legate de această persoană, autoritatea contractantă omițând acest aspect, nefiind dovedită îndeplinirea cerinței 2 din cap. III.2.3.a) „Capacitatea tehnica și/sau profesională”, care stabilește că „Ofertantul va asigura un responsabil de contract care să aibă experiență specifică de minim 3 ani în activități similare cu cele pe care le va avea în contractul ce urmează a fi încheiat” .

În ceea ce îl privește pe expertul ..., desemnat ca șef de șantier, contestatoarea susține că la data depunerii ofertelor era angajat al terțului susținător, calitate în care a dat Declarație de disponibilitate, iar din CV-ul său rezulta o experiență vastă de lucrări de drumuri, corespunzând Cerinței 3 din Fișa de date. Întrucât acesta nu mai este angajatul terțului susținător, a fost schimbat cu domnul ..., inginer care este inferior ca și studii, experiență similară propuse inițial, având specialitatea construcții civile - Diploma nr. 66308/18.10.2006, iar din CV nu reiese perioada în care a ocupat poziția de Șef de șantier construcții de drumuri, de asemenea nu reies perioadele în care s-au desfășurat Contractele de lucrări nominalizate în CV - funcțiile ocupate de domnul ... sunt: Director tehnic, Inginer proiectant, Șef lot construcții. De asemenea, arată că raportat la art. 171 din OUG nr. 34/2006 *Oferta are caracter obligatoriu, din punct de vedere al conținutului, pe toată perioada de valabilitate stabilită de către autoritatea contractantă*, or, modificarea modului de îndeplinire a Cerinței de calificare nr. 3 - Șef de șantier în domeniul construcții de drumuri, reprezintă modificarea ofertei din punct de vedere al conținutului pe perioada de valabilitate stabilită.

Consiliul reține că este întemeiată critica formulată de contestatoare și cu privire la acest aspect, fiind inadmisibilă schimbarea specialiștilor desemnați odată cu depunerea ofertei. Autoritatea contractantă și intervenienta recunosc faptul că a fost înlocuit unul dintre specialiștii desemnați, arătând că declarația de disponibilitate dată de expertul propus inițial (d-l ...) este dată în condițiile în care, la data depunerii ofertei, era angajat al terțului susținător, situație în care, cu sau fără declarație de disponibilitate, avea obligația potrivit contractului de muncă să desfășoare activitatea pe care o indica conducerea firmei. De asemenea, autoritatea contractantă consideră că nu poate fi pedepsit ofertantul și terțul susținător pentru situația creată prin

încetarea raporturilor de muncă dintre d-l ... și firma care deține calitatea de terț susținător, după cum nu poate fi împiedicată persoana să-și desfășoare activitatea în orice loc dorește.

Văzând susținerile părților, Consiliul stabilește că autoritatea contractantă nu a făcut o aplicare corectă a dispozițiilor legale.

Comisia de evaluare nu putea să accepte înlocuirea experților inițial nominalizați, având în vedere că evaluarea ofertelor se realizează în baza documentelor depuse de ofertanți odată cu oferta, în același moment pentru toți participanții, potrivit principiilor egalității și transparenței.

Având în vedere prevederile art. 34 alin. (1) din H.G. nr. 925/2006, respectiv *„în cazul în care, în cadrul documentației de atribuire, a fost prevăzută obligația îndeplinirii unor criterii de calificare, astfel cum sunt acestea prevăzute la art. 176 din ordonanța de urgență, **comisia de evaluare are obligația verificării modului de îndeplinire a acestor criterii de către fiecare ofertant în parte**”*.

De asemenea, autoritatea contractantă trebuie în etapa de evaluare/verificare a modului de îndeplinire a criteriilor de calificare să respecte principiile expres reglementate la art. 2 alin. (2) din OUG nr. 34/2006 respectiv cel a nediscriminării, tratamentul egal, transparenței și asumarea răspunderii.

Așa cum autoritatea contractantă, în aplicarea principiului transparenței, are obligația de a preciza, în cadrul invitației de participare, cerințele de calificare, așa și ofertanții au obligația, ca în termenul limită de depunere a ofertelor, să depună oferta însoțită de documentele de calificare, având posibilitatea de a uza de prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006. În cadrul procesului verbal al ședinței de deschidere a ofertelor, se consemnează lista documentelor depuse de fiecare operator economic în parte, astfel cum se precizează la art. 33 alin. (4) din hotărâre. În situația în care ofertantul uzează de prevederile art. 11 alin. (4) din HG nr. 925/2006, acesta depune anexa în care ofertantul trebuie să menționeze succint, dar precis, modul concret de îndeplinire a respectivelor cerințe - inclusiv, dacă au fost solicitate, diverse valori, cantități sau altele asemenea. Toate aceste norme riguroase au drept scop respectarea principiului transparenței și evitarea favorizării unui ofertant prin înlocuirea documentelor depuse. Astfel, dacă un ofertant a depus o listă cu personalul de specialitate și documentele aferente, el nu poate ulterior să schimbe documentele consemnate potrivit principiului transparenței, în procesul-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor. Dacă am accepta, de principiu, posibilitatea schimbării documentelor depuse, a experților, a experienței similare, a susținătorului etc, acest lucru ar lipsi de conținut tocmai principiul transparenței. Declarația de disponibilitate trebuie să îl protejeze pe ofertant, astfel încât acesta să aibă posibilitatea să se îndrepte împotriva persoanei care nu și-a respectat cuvântul dat, sub sancțiunea legii penale. Prin urmare, Consiliul apreciază că participanții la o procedură de achiziție publică au obligația fie de a depune toate documentele de calificare solicitate în documentația de atribuire, fie de a depune o declarație în sensul respectării cerințelor minime impuse, lipsa uneia dintre aceste două variante ducând la imposibilitatea demonstrării, ulterior deschiderii ofertelor, a îndeplinirii solicitărilor fișei de date a achiziției, respectiv, a completării ofertei. Această obligație a ofertanților este urmată de imposibilitatea schimbării respectivelor documente ulterior, la inițiativa ofertantului sau în urma solicitării de clarificări, deoarece în situația în care s-ar admite posibilitatea schimbării lor, ar fi lipsite de sens prevederile legale care stabilesc obligativitatea depunerii lor și consemnării acestora în documentele încheiate de autoritatea contractantă cu prilejul ședinței de deschidere a ofertelor.

Prevederile art. 35 din HG nr. 925/2006 acordă, în mod expres doar dreptul autorității contractante de a solicita clarificări și completări ale unor documente depuse / existente în cadrul ofertei necesare demonstrării îndeplinirii criteriilor de calificare și nu de a depune documentele lipsă astfel încât în final să corespundă cerințelor sale, încălcându-se astfel principiul tratamentul egal și transparența.

În situația de speță, înlocuirea expertului și a documentelor de calificare aferente nu poate fi interpretată ca o completare formală sau de confirmare, în sensul prevederilor art. 201 din OUG nr. 34/2006 și art. 35 din HG nr. 925/2006, fiind o

modificare a ofertei, nepermisă de dispozițiile art. 170 din OUG nr. 34/2006. Chiar dacă ofertantul sau susținătorul nu au nicio vină în situația de față, vinovat fiind doar salariatul demisionar care nu și-a respectat propriul angajament, nu este posibilă numirea altui expert, riscul fiind al ofertantului.

Cu privire la susținerile contestatoarei referitoare la nerespectarea dispozițiilor legale care stabilesc salariul minim pe economie, Consiliul consideră neîntemeiată critica respectivă. Astfel, în motivele prezentate de contestatoare, se arată că tariful ofertat de ofertanta câștigătoare pentru manoperă este de 6,21 lei/oră or, raportat la prevederile HG nr. 1091/10.12.2014, acesta trebuia să fie de 6,225 lei/oră. Intervenienta arată că a ofertat un tarif de manoperă de 6,21 lei/oră, prezentând Consiliului un calcul din care rezultă că a avut în vedere salariul minim pe anul 2015, dar numărul mediu de 169,36 ore/lună.

Autoritatea contractantă consideră că obligativitatea respectării legislației, inclusiv în ceea ce privește munca, îi revine în exclusivitate operatorului economic, atât timp cât prețul ofertat reprezintă 91,21% din valoarea estimată. Comisia de evaluare nu a perceput tariful orar ca un potențial risc de neîndeplinire a contractului de lucrări.

Deși punctul de vedere al autorității contractante nu poate fi împărțit de Consiliu, întrucât stabilirea în conținutul ofertelor cel puțin a salariului minim pe economie este obligatorie, Consiliul observă că ofertantul câștigător a calculat salariul de 1.050 lei lunar.

Potrivit art. 1 alin. (2) HG nr. 1091/10.12.2014, „Începând cu data de 1 iulie 2015, salariul de bază minim brut pe țară garantat în plată se stabilește la 1.050 lei lunar, pentru un program complet de lucru de 168,667 de ore în medie pe lună în anul 2015, reprezentând 6,225 lei/ora.”

De asemenea, conform dispozițiilor art. 164 din Codul muncii aprobat prin Legea nr. 53/2003, *(1) Salariul de baza minim brut pe țară garantat în plată, corespunzător programului normal de muncă, se stabilește prin hotărâre a Guvernului, după consultarea sindicatelor și a patronatelor. În cazul în care programul normal de muncă este, potrivit legii, mai mic de 8 ore zilnic, salariul de baza minim brut orar se calculează prin raportarea salariului de baza minim brut pe țară la numărul mediu de ore lunar potrivit programului legal de lucru aprobat.*

(2) Angajatorul nu poate negocia și stabili salarii de bază prin contractul individual de muncă sub salariul de baza minim brut orar pe țară.

(3) Angajatorul este obligat să garanteze în plată un salariu brut lunar cel puțin egal cu salariul de bază minim brut pe țară. Aceste dispoziții se aplică și în cazul în care salariatul este prezent la lucru, în cadrul programului, dar nu poate să își desfășoare activitatea din motive neimputabile acestuia, cu excepția grevei.

(4) Salariul de baza minim brut pe țară garantat în plată este adus la cunoștința salariaților prin grija angajatorului.

Astfel, Consiliul are în vedere că ofertele au fost depuse în data de 29.12.2015, iar ofertanții nu puteau prevedea modificarea salariului minim începând cu luna mai 2015, în conformitate cu prevederile HG nr. 1017/2015, drept urmare, ofertanții sunt obligați, atât la momentul depunerii ofertelor, cât și pe parcursul derulării contractului, să respecte legislația muncii în vigoare. La 29.12.2015, ofertanții trebuie să ia în calcul salariul minim pe economie, și nu tariful mediu orar, așa cum susține contestatoarea.

Pentru anul 2016, media orelor/lună este de 169,333. Înmulțind 169,333 ore cu 6,21 lei, rezultă un salariu minim de 1051,55 lei, fiind respectat salariul minim pe economie. Că Hotărârea de guvern se referă la stabilirea salariului de baza minim brut pe țară garantat în plată și nu la stabilirea salariului minim pe oră, este evident din tot cuprinsul hotărârii. Dacă s-ar porni de la logica contestatoarei, ar însemna că salariul ar fi inegal în lunile calendaristice, după cum sunt mai multe sau mai puține zile lucrătoare, considerându-se ori program incomplet în luna februarie, de exemplu, ori luna cea mai mică cu salariul minim iar lunile mai mari s-ar obține un salariu mai mare. În realitate, salariul este o constantă pe fiecare lună, indiferent de numărul de

zile lucrătoare. Așa și în situația de față, ofertantul câștigător a respectat, la întocmirea ofertei, salariul minim pe economie.

În ceea ce privește susținerile contestatoarei referitoare la modificarea propunerii tehnice de către SC SRL, din conținutul documentelor întocmite de Comisia de evaluare s-a constatat că în cadrul listelor de cantități, unele materiale sunt diferite ca cerințe de calitate și dimensiuni decât cele impuse prin documentația de atribuire a fi ofertate:

	Lista de cantități de lucrări	Material impus a fi ofertat prin Documentația de atribuire	Material ofertat de SC SRL	VALOARE OFERTATĂ
1	02-Sistem rutier	Mixtură asfaltică tip BADPS20	Mixtură asfaltică tip BADPS25	578.344,86 lei
2	10-Podeș dalat de tip D4	Fâșie dală tip D4 margin.bet prec L=4,9 m	Fâșie dală tip D4 margin.bet prec L=4,3 m	4.579,92 lei
3	10-Podeș dalat de tip D4	Dală d4 crt.pt.pod sos int. pref.lum=4 m pr pr nr. dp-80/d	Dală d5crt.pt.pod sos int. pref.lum=4 m pr pr nr. dp-80/d	20.615,00 lei
4	13-Drumuri laterale	Mixtură asfaltică tip BADPC20	Mixtură asfaltică tip BADPC25	16.018,41 lei

În urma solicitărilor de clarificări, SC SRL a răspuns că neconcordanțele constatate la punctul 1 și 4 sunt erori ale programului de devize, precizând că prețurile sunt corecte și sunt aferente materialelor BADPS20, respectiv BADPC20.

Verificând susținerile contestatoarei potrivit cărora în extrasul de resurse materiale, pag. 305-306 din propunerea tehnică, unde s-ar regăsi doar materialul mixtură asfaltică tip BADPC25 și BADPS 25 cu prețul de 195 lei/to, Consiliul reține că, într-adevăr, ofertantul a inclus în oferta sa BADPC25 și BADPS 25, **acestea fiind clase superioare de mixturi**. Dat fiind că în conținutul ofertei au fost incluse mixturi de o clasă superioară, nu este posibilă modificarea acestora cu clase inferioare, cu păstrarea prețului, fiind un dezavantaj evident pentru autoritatea contractantă. Intervenția susține în cererea de intervenție și în răspunsul său la solicitarea de clarificări nr. 71/913/24.02.2016, că în cadrul Programului calității a fost menționat BADPC20 și BADPS 20, deci suntem în prezența unui viciu de formă, respectiv o eroare din cadrul unui document a cărui 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 susceptibilă de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire, fiind o eroare a programului de devize. Consiliul consideră că modificarea clasei de mixtură nu poate fi considerată o eroare a programului de devize, indiferent de program, fiind imposibil ca în conținutul lui să fie o singură marcă de mixtură. Afirmatia ofertantei câștigătoare că prețul BADPC20 și BADPS20 este același cu BADPC25 și BADPS25, nu pot fi luate în considerare, fără o probă în acest sens. BADPC25 și BADPS25 **fiind clase superioare de mixturi, ar trebui să aibă un preț mai mare**. Astfel, explicațiile ofertantului din adresa de răspuns la solicitarea de clarificări nr. 71/913/24.02.2016, trebuiau considerate neconcludente, având în vedere și faptul că nu s-a prezentat vreun document pentru dovedirea prețului respectiv, pentru a se evita situația în care ofertantul deconta prețul produsului superior punând, în schimb, în operă un alt produs, respectiv BADPC20 și BADPS20. Modificarea clasei de mixturi prin răspunsurile la clarificări nu poate fi considerată abatere tehnică minoră sau un viciu de formă. Prin urmare, autoritatea contractantă trebuia să aplice prevederile art. 79 alin. (2) din HG nr.

925/2006, potrivit căruia „În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă conținutul propunerii tehnice, oferta sa va fi considerată neconformă. Modificări ale propunerii tehnice se acceptă în măsura în care acestea:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă sau erorilor aritmetice; sau
b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a prețului, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanților participanți la procedura de atribuire; prevederile art. 79 alin. (3) rămân aplicabile”.

Chiar Anexa nr. 1 la Contractul de vânzare produse nr. 393/11.04.2016, depusă de intervenientă odată cu cererea de intervenție, confirmă faptul că prețul BADPC20 nu este 195 lei/to, cum afirmă în răspunsul la solicitarea de clarificări, ci 160 lei/to.

Referitor la neconcordanțele constatate la punctele 2 și 3 din tabelul de mai sus, SC ... SRL susține că reprezintă o "neconcordanță a programului de devize" și precizează că "prețurile sunt corecte și sunt aferente Fâșiei dală D4". Consiliul nu poate fi de acord că ar fi vorba de erori ale programului de devize, acesta nefiind în măsură să schimbe dimensiuni ale datelor, ci mai degrabă erori de introducere a datelor, deci explicațiile ofertantei câștigătoare nu pot fi acceptate, prin urmare, autoritatea contractantă nu trebuia să considere oferta prezentată drept conformă.

Având în vedere că au fost identificate numeroase motive pentru care oferta câștigătoare trebuia respinsă ca inacceptabilă și neconformă, Consiliul nu va mai analiza și restul criticilor formulate de contestatoare cu privire la oferta câștigătoare.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 278 alin. (2) și (4) din OUG nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii, cu modificările și completările ulterioare, Consiliul va admite contestația formulată de SC ... SRL, în calitate de lider al asocierii SC ... SRL –SC ... SRL, L în contradictoriu cu ... și va dispune anularea rezultatului procedurii și a adreselor de comunicare a rezultatului procedurii și reevaluarea ofertelor”.

Prin urmare, în decizia anterioară au fost stabilite o serie de elemente de neconformitate a ofertei contestatoarei. Decizia în cauză, necontestată de niciuna dintre părți, se bucură de autoritate de lucru judecat, fiind obligatorie pentru autoritatea contractantă. Drept urmare, identificarea unor motive suplimentare de neconformitate a ofertei contestatoarei, astfel cum rezultă din Raportului expertului extern cooptat, nu face decât să întărească convingerea Consiliului că oferta contestatoarei este inacceptabilă și neconformă, atât pentru înlocuirea expertului ... cu ..., dar și pentru neconformitățile ce au format obiectul cercetării în dosarul anterior soluționat de Consiliu prin decizia nr.

Argumentele suplimentare reținute de expertul cooptat sunt următoarele: *„Potrivit Normativului Mixturi asfaltice executate la cald - condiții tehnice privind proiectarea, prepararea și punerea în operă - Indicativ AND 605 (revizuire 2014), materialul ofertat de SC ... SRL, **respectiv mixtura asfaltică tip BADPS25 este interzis a se mai pune în operă pentru lucrări de tipul acesta**”....*

*„Menționez faptul că potrivit Normativului Mixturi asfaltice executate la cald - condiții tehnice privind proiectarea, prepararea și punerea în operă - Indicativ AND 605 (revizuire 2014), materialul ofertat de SC ... SRL, **respectiv mixtura asfaltică tip BADPC25 este interzis a se mai pune în operă pentru lucrări de tipul acesta**”...*

„Menționez faptul că dalele marginale D2 nu corespund caietului de sarcini pentru execuția unui podeț dalat tip D4, prevăzut în proiect”...

„Menționez faptul că dalele D5, buc = 10 ofertate de S.C. ... S.R.L.” sunt pentru un podeț cu lumina de 5 m, nu pentru un podeț dalat D4 cu

lumina de 4 m, cum este prevăzut în proiect. S.C. ... S.R.L. nu îndeplinește condițiile prevăzute în caietul de sarcini."

Așa cum s-a arătat în decizia anterioară, în ceea ce privește mixturile asfaltice, contestatoarea a susținut în răspunsul la solicitarea de clarificări că este o eroare a programului de devize, în contestația actuală susținând că este o abatere tehnică minoră, aspect analizat de Consiliu și neacceptat după cum se menționează clar în considerentele deciziei, schimbarea clasei mixturilor nefiind o abatere tehnică minoră, ci o neconformitate gravă. Prin urmare, neconformitatea ofertei contestatoarei a fost stabilită de Consiliu încă din conținutul deciziei anterioare, prin urmare, în mod corect autoritatea contractantă a respins oferta în cauză, cu atât mai mult cu cât mixturile declarate de ofertantă nu se folosesc la acest tip de lucrări, după cum reiese din raportul expertului cooptat.

În ceea ce privește excepția depunerii tardive a punctului de vedere, Consiliul o va respinge, deoarece autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere în termen, respectiv în data de 25.07.2016. În condițiile în care contestația nr. 5259/18.07.2016 a fost înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 21882/19.07.2016, iar Consiliul i-a solicitat transmiterea documentelor și punctul de vedere în data de 20.07.2016. Potrivit prevederilor art. 18 din Legea nr. 101/2016, „În termen de 5 zile lucrătoare de la data la care a primit contestația, autoritatea contractantă are obligația de a transmite Consiliului și contestatorului, din oficiu, punctul său de vedere asupra contestației.” Cum contestația a fost recepționată la autoritate în data de 19.07.2016, termenul de 5 zile s-a împlinit în data de 26.07.2016, dată la care aceasta a transmis documentele. Totodată, termenul de 5 zile menționat mai sus, nu este prevăzut sub sancțiunea tardivității, așa cum este prevăzut termenul pentru depunerea contestației, autoritatea riscând cel mult o amendă pentru tergiversarea soluționării cauzei.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va respinge ca nefondată contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu ...

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (1) și (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondată contestația formulată de SC ... SRL în contradictoriu cu

Prezenta decizie este obligatorie pentru părțile cauzei, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ, în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

D

Redactată în patru exemplare, conține 30 pagini.