# CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

**C.N.S.C.**

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


**În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea,**

## DECIZIE

**Nr. .../..../...**
**Data: ...**

Prin contestația nr. .../03.07.2018, transmisă prin mijloace electronice (e-mail), înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../03.07.2018, formulată de SC ... SRL, cu sediul social în comuna ..., str. ...nr. ..., județul ..., înregistrată la Registrul Comerțului sub nr. J.., cod unic de înregistrare RO ..., reprezentată legal prin administrator Marin Maria, împotriva adreselor nr. .../28.06.2018 și nr. .../28.06.2018 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către ..., cu sediul în localitatea ..., str. ...nr. ..., județul ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate - într-o singur- etapă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„**Modernizare drumuri de interes local în ..., județul ...**”*, cod CPV 45233120-6 - Lucrari de construcții de drumuri (Rev.2), s-a solicitat *„anularea actelor ... și ... din 28.06.2018 și continuarea procedurii de atribuire, prin reanalizarea ofertei noastre, dar și a altor competitori, prin prisma prevederilor legale menționate în conținutul contestației”.*

În luarea deciziei asupra cauzei de față,
***Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor***
reține următoarele:

Prin contestația nr. .../03.07.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. .../03.07.2018, SC ... SRL critică adresele nr. .../28.06.2018 și nr. .../28.06.2018 de comunicare a rezultatului procedurii, emise de către ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii

simplificate - într-o singură etapă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Modernizare drumuri de interes local în ..., județul ...”, solicitând cele precizate în partea introductivă.

Contestatoarea menționează că a participat, în calitate de ofertant la procedura de atribuire susmenționată, iar în data de 04.06.2018, prin adresa nr. ..., autoritatea contractantă i-a solicitat următoarele clarificări:

*„- Justificarea unei cantități presupusă lipsă de 0,38 mc. Apă industrială;*

*- Justificarea denumirii materialului ofertat, balast nespălat de râu 0-70 mm, față de balast sortat spălat de râu 0-70 mm;*

*- Justificarea unei cantități presupusă lipsă de 12,57 kg, vopsea albă clor-cauciuc”.*

Petenta menționează că a răspuns solicitării autorității contractante prin adresa nr. ..., precizând următoarele: *„cantitatea de apă se regăsește în alt articol ce are același cod în programul de devize; diferența de cantitate de material balast (superioară în ofertă) este dată de utilizarea unui coeficient diferit de compactare; denumirea materialului este ușor modificată – tot datorită programului diferit de întocmire a devizelor; în lucrare va fi utilizat materialul corespunzător proiectului; vopseaua albă se regăsește în cadrul unui articol cu altă denumire (cumularea unor materiale cu denumirea de vopsea).”*

Autoarea contestației precizează că, prin adresa nr. .../28.06.2018, transmisă prin e-mail, autoritatea contractantă i-a comunicat un act adresat în fapt câștigătorului procedurii, în pofida faptului că ordinea procedurală firească a emiterii acestor acte ar fi făcut ca primele înregistrări să fie adresate ofertanților necâștigători și/sau respinși și doar ultimul document către ofertantul câștigător.

În argumentarea susținerii sale, petenta învederează următoarele: *„atacarea actelor considerate nelegale trebuie să își facă efectul și asupra actelor subsecvente, (...), în consecință, atacând un act emis pentru o firmă declarată necâștigătoare, actele subsecvente se anulează de drept în cazul în care contestația este admisă”.*

Astfel, SC ... SRL precizează că atacă și acest act, având în vedere faptul că adresa nr. .../28.06.2018 prin care i s-a comunicat faptul că oferta sa este neconformă a fost emisă ulterior.

În opinia petentei, *„actul nr. .../28.06.2018 încearcă să repare probabil omisiunea procedurală în desfășurarea achiziției, a autorității contractante, generată conform secțiunii 13, art. 214, alin. (2) din Legea nr. 98/2016, respectiv a obligației (și nu a unei opțiuni) ...«(2)Pe durata procesului de evaluare, autoritatea contractantă are obligația de a transmite candidaților/ofertanților rezultate parțiale, aferente fiecărei etape intermediare a acestui proces, respectiv rezultatul verificării candidaturilor/DUAE și*

*rezultatul evaluării ofertelor»".* Arătând că abrogarea acestor dispoziții legale s-a produs ulterior inițierii procedurii de atribuire, contestatoarea opinează că, în această împrejurare, în conformitate cu prevederile art. VII din O.U.G. nr. 45/2018, acestea sunt aplicabile în această procedură și astfel era obligatorie înștiințarea societății sale de respingerea ofertei, înainte de deschiderea propunerilor financiare ale celorlalți ofertanți.

Reiterând faptul că a atacat ambele acte, întrucât adresa de comunicare a respingerii ofertei sale a fost emisă ulterior celei de informare a ofertantului câștigător, petenta susține că societatea sa a fost pusă în imposibilitatea de a se adresa C.N.S.C. până la această etapă finală, din cauza nerespectării dreptului la informare a „candidaților".

Apreciind ca fiind *„excesivă"* eliminarea sa din procedura de atribuire pentru *„niște abateri tehnice minore*", pe care susține că le-ar fi putut cuantifica valoric și care nu depășeau 1% din valoarea ofertei, petenta precizează că a încercat să medieze *„potențialul conflict juridic"* și, în pofida abrogării art. 6 din Legea nr. 101/2016, prin notificări distincte, a solicitat autorității contractante anularea celor două acte.

Consideră ca fiind excesive și disproporționate efectul celor două acte și eliminarea sa din procedură, raportat la abaterile tehnice minore (materialul balast de râu din documentație versus balast nespălat de râu din oferta sa, de aceeași dimensiune 0-70mm), dar și ilegală, întrucât prin răspunsul la clarificări a confirmat că materialele apărute cu denumirea parțial schimbată în ofertă, generată de programul de întocmire a devizelor, vor fi utilizate întocmai cele prevăzute în proiectul tehnic (neexistând lipsuri cantitative).

De asemenea, apreciază că decizia de respingere a ofertei sale este nefundamentată, deoarece documentele depuse de societatea sa în cuprinsul propunerii tehnice relevă că se vor respecta prevederile documentației tehnice.

În sprijinul susținerilor sale, autoarea contestație susține că, prin adresa nr. 348/05.06.2018 de răspuns la solicitările de clarificări a confirmat respectarea cerințelor caietului de sarcini, în sensul utilizării materialului din documentația de atribuire, iar o eventuală diferență de 0,5-1 leu/mc (practic prețul spălării pe bandă a materialului) poate fi cu ușurință suportat, rezultând maxim 14.000 lei, sumă care raportată la valoarea lucrării de 5.000.000 lei, ar însemna 0,28% din aceasta, având în vedere că societatea sa are balastieră chiar în localitatea ....

Subliniind că balastul poate avea calitățile necesare direct din exploatare și atunci se numește balast nespălat de râu, iar în cazul în care el trebuie prelucrat pentru a ajunge la aceeași parametrii, prelucrare ce are loc prin sortare/spălare, se numește balast spălat

de râu, petenta susține că aceste materiale prezintă aceleași caracteristici fizico-chimice.

Astfel, în opinia contestatoarei măsura luată de autoritatea contractantă și motivul enunțat este excesivă raportat și la principiul proporționalității prevăzut la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016.

Redând dispozițiile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, contestatoarea apreciază că, în ipoteza în care legiuitorul ar fi urmărit ă elimine din procedura de atribuire orice ofertă care conține erori tehnice minore, acest text de lege nu-și mai avea rostul.

Invocând prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, petenta afirmă: *„având în vedere că nu există lipsuri cantitative, clarificările trebuiau să vizeze confirmarea faptului că acest material, utilizat în ofertă, va avea calitățile celui din documentația de atribuire”,* apreciind că ofertei sale nu-i sunt aplicabile dispozițiile art. 134 alin. (9) din H.G. nr. 395/2016

Conchide că în procesul de evaluare a ofertelor au fost încălcate principiile care stau la baza atribuirii contractelor de achiziție publică, respectiv proporționalitatea și asumarea răspunderii.

De asemenea, apreciază că *„nu este atins scopul prevăzut de lege, respectiv realizarea achiziției de bunuri, servicii și lucrări în condiții de eficiență economică și socială*”, întrucât valoarea la care se atribuire contractul este de 99,99% din valoarea estimată.

Petenta precizează că a achitat cauțiunea prevăzută la art. $61^1$ lit. a) din Legea nr. 101/2016.

Astfel, prin adresa nr. 416/05.07.2018, înregistrată la C.N.S.C. sub nr. 27547/06.07.2018, SC ... SRL a transmis, în original, recipisa de consemnare nr. .../1 a sumei de ... lei, emisă de CEC BANK sucursala ..., reprezentând cauțiune pentru contestație.

Prin punctul de vedere nr. .../06.07.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. .../06.07.2018, autoritatea contractantă a solicitat respingerea contestației formulată de SC ... SRL, ca nefondată.

Menționează că, în urma verificării propunerilor tehnice, prin adresa nr. .../04.06.2018, comisia de evaluare a solicitat ofertantului SC ... SRL, printre altele, să clarifice următoarele aspecte:

*„A fost ofertat balast nespălat de râu 0-70 mm, în cantitate de 14119,69 mc”.*

*În caietul de sarcini este solicitat balast sortat spălat de mal 0-70mm, în cantitate de 13883,71 mc.*

*În cadrul caietului de sarcini, poziția 70, este solicitată vopsea albă clor cauciuc pentru marcaj rutier 12,57 kg. Această resursă nu a fost identificată în formularul C6 prezentat”.*

Arată că, prin adresa nr. 348/05.06.2018, SC ... SRL a răspuns solicitării de clarificări, precizând următoarele:

*„Denumirile materialelor din formularul C6 pot fi ușor diferite între ele și, cu siguranță, multe dintre ele nu corespund standardelor în vigoare, fiind denumiri din 1982.*

*În mod concret, denumirea materialului «balast ... sort 0-70mm ...» este diferită de la un soft de devize la altul și nu trebuie interpretată exact din motivele expuse mai sus.*

*Toate materialele puse în operă vor respecta standardele actuale, chiar dacă denumirile lor sunt preluate din indicatoarele de deviz ediția 1982, iar, în prezent, ar putea să difere de standardele în vigoare (din 1982 până în prezent standardele s-au modificat).*

*Cantitatea de 14.119,69 m reiese din rețetele originale ale articolelor de deviz DA06A1 și DA06B1 din listele de cantități impuse de autoritatea contractantă. Diferența între cele două valori rezidă în faptul că proiectantul a micșorat gradul de compactare din rețetele originale (1,311 mc/mc și astfel, în extrasul C6 a reieșit 13883,71 mc, în loc de 14.119,69 mc.*

*În oferta noastră s-a utilizat gradul de compactare din indicatorul de devize (1,311) și astfel a rezultat o cantitate superioară, asigurând gradul de compactare impus de caietele de sarcini și, implicit, respectă calitatea lucrărilor.*

*c) Vopseaua alba clor-cauciuc pentru marcaje rutiere transversale, în cantitate de 12,57 kg, se regăsește în Lista de cantități pusă la dispoziție de către autoritatea contractantă în cadrul articolului DE09C#-Marcaje transversale... din devizul Suprastructură și semnalizare, strada Zaharia Stancu, iar în softul nostru de devize acest material este înlocuit cu «6108804 - Email alb e.1 09-5 ni 1707-61» ca la celelalte tipuri de marcaje rutiere. Deci, în oferta noastră acest material se regăsește înglobat în cantitatea de 792,72 kg de la punctul 26 din formularul C6, fiind aceeași vopsea că la marcajele longitudinale".*

Autoritatea contractantă menționează că, analizând răspunsul primit, comisia de evaluare a considerat că argumentarea ofertantului privind utilizarea standardelor din 1982 nu justifică schimbarea materialelor, cu atât mai mult cu cât standardele menționate, astfel cum declară și ofertantul, nu mai sunt in vigoare.

Comisia de evaluare a concluzionat că cele două materiale nu sunt similare, diferențele dintre ele vizând o caracteristica esențială și nu doar o diferență de denumire. Astfel, ofertantul a înlocuit un material din caietul de sarcini cu un alt material, care are alte caracteristici.

Autoritatea contractantă menționează că, referitor la punctul c) din răspuns, în care ofertantul declara că materialul „Vopseaua albă clor-cauciuc" este înglobat în materialul „Email alb", comisia de evaluare a considerat că are loc o înlocuire de materiale, deoarece acestea nu sunt echivalente și au caracteristici și proprietăți diferite.

Astfel, comisia de evaluare a concluzionat că înlocuirea vopselei albe clor-cauciuc cu email alb contravine cerințelor caietului de sarcini.

Organizatoarea procedurii precizează că, în contextul celor expuse, oferta SC ... SRL a fost declarata neconformă, conform

prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016.

Arată că, în data de 28.06.2018, a transmis ofertantului SC ... SRL comunicarea nr. .../28.06.2018, prin care i-a adus la cunoștință faptul ca oferta sa a fost declarata neconformă, precum și motivele de fapt și de drept care au stat la baza acestei decizii, precum și denumirea câștigătorului.

Autoritatea contractantă mai precizează că adresa nr. .../28.06.2018 a fost transmisa ofertantului SC ... SRL din cauza unei erori, aceasta fiind adresată, în mod evident, câștigătorului.

De asemenea, opinează că „alegația" contestatoarei privind emiterea ulterioară a comunicării privind respingerea ofertei sale, se bazează doar pe diferența dintre numerele acordate la registratura autorității contractante, aceste acte fiind emise în aceiași zi, la un interval de timp foarte scurt, fiind depuse spre înregistrare împreună, însă din cauza amestecării filelor imprimate care au fost transmise la registratură a fost acordat numărul ulterior comunicării adresate SC ... SRL.

Subliniază faptul că actul privind comunicarea rezultatului procedurii nu are caracter subsecvent față de celelalte acte de comunicare, contrar declarațiilor contestatorului, iar comunicările către ofertanți au fost făcute în conformitate cu art. 64 din Legea nr. 98/2016.

Autoritatea contractantă susține că a îndeplinit obligațiile prevăzute la art. 215 alin. (1) si (2), termenul de 5 zile prevăzut in Legea nr. 101/2016 începând să curgă de la data comunicării. Astfel, contestatoarei nu i-a fost îngrădit accesul la justiție, fiind informată în mod complet și în timp util despre motivele respingerii ofertei sale.

Referitor la afirmația petentei potrivit căreia diferențele din ofertă constituie abateri tehnice minore, autoritatea contractantă consideră că ofertantul a revenit asupra răspunsului la solicitarea de clarificări nr. .../04.06.2018, cu o complet altă justificare în data de 02.07.2018, prin adresa nr.398/02.07.2018, declarând că eroarea constatată de comisie constituie o abatere tehnica minoră.

În opinia sa, aceasta completare a răspunsului este tardivă, în conformitate cu art. 134 alin. (1), alin. (3) și alin. (5) din H.G. nr. 395/2016, deoarece termenul de răspuns la solicitarea de clarificări nr. .../04.06.2018 a fost de 3 zile lucrătoare, respectiv cel târziu 07.06.2018.

Arată că, în ceea ce privește afirmația contestatoarei potrivit căreia materialele au fost reofertate și reconfirmate prin adresa de răspuns la solicitarea de clarificări nr. .../04.06.2018, comisia de evaluare a constatat că din răspunsul transmis la solicitarea de clarificări nu rezultă, fără echivoc faptul ca acestea se ofertează.

Menționează că, în răspunsul mai sus redat, ofertantul a declarat că *„materialele puse în operă vor respecta standardele*

*actuale*", fără a preciza tipul materialului, context din care rezultă că balastul de râu nespălat ar respecta standardele actuale, chiar dacă prin caietul de sarcini este solicitat alt material.

Susținând că, în cazul unei modificări a materialelor din ofertă, după depunerea acesteia, ar deveni incidente dispozițiile art. 134 alin. (6) din H.G. nr. 395/2016, autoritatea contractantă *„consideră inadmisibilă o revenire asupra răspunsului la solicitarea de clarificări nr. .../04.06.2018, acest fapt fiind contrar prevederilor art. 134 alin. (3) și (4) din același act normativ”.*

În ceea ce privește diferența de preț între materialele „Balast spălat" și „balast nespălat”, autoritatea contractantă arată că ofertantul nu prezintă, anexat declarațiilor sale, niciun document din care să rezulte această diferență și astfel, după cum se menționează chiar în cuprinsul contestației, balastul nespălat de râu conține impurități sau nu respectă echivalentul de nisip.

Opinează că există o contradicție logică în afirmația ofertantului potrivit căreia aceste materiale ar avea aceleași caracteristici fizico-chimice, iar spălarea se realizează din necesitatea de a aduce balastul nespălat de râu la aceiași parametri, întrucât daca ambele materiale ar fi avut aceleași proprietăți, nu ar mai fi fost necesară spălarea balastului.

Autoritatea contractantă învederează faptul că a luat toate măsurile și a depus toată diligența pentru a clarifica aspectele constatate, solicitând clarificări de la ofertant, în temeiul art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Apreciază că solicitarea de multiple clarificări în privința aceluiași aspect, în ipoteza în care din primul răspuns al ofertantului rezultă clar poziția acestuia, ar fi fost o încălcare a principiului tratamentului egal.

Referitor la susținerea petentei potrivit căreia clarificările trebuiau să vizeze confirmarea faptului că *„acel material utilizat în oferta va avea calitățile celui din documentația de atribuire*”, autoritatea contractantă subliniază faptul că a formulat solicitarea de clarificări, într-un mod nerestrictiv, ofertantul având posibilitatea de a argumenta diferența constatată în mod pertinent.

Reiterează faptul că, din adresa nr.348/05.06.2018, de răspuns la solicitarea de clarificări nu rezultă fără echivoc faptul că cele două materiale sunt identice.

Susține că, în conformitate cu art. 134 alin. (9) lit. d) din H.G. nr. 395/2016 o modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnica minoră de la oferta inițială, în situația în care modificarea presupune o diminuare calitativă în comparație cu oferta inițială, întrucât comisia de evaluare a considerat că schimbarea materialului, implică o modificare calitativa și nu cantitativă, este de natură să diminueze calitatea lucrărilor executate.

Având în vedere cele expuse, autoritatea contractantă consideră legală decizia de respingere, ca neconformă a ofertei SC ... SRL, în temeiul art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016 si art. 137 alin (3) lit. a) din HG 395/2016 și precizează că menține măsura comunicată contestatoarei prin adresa .../28.06.2018.

În probațiune, au fost depuse, în copie certificată documente din dosarul achiziției publice.

Prin adresa nr. 446/16.07.2018, înregistrat la C.N.S.C. sub nr. 28818/16.07.2018, denumită „Completare pentru contestația de la ...", SC ... SRL susține următoarele:

- Autoritatea contractantă se afla în posesia unor caiete de sarcini în care, la detalierea caracteristicilor materialului ce a făcut obiectul solicitărilor de clarificări, autorul proiectului face trimitere la cu totul alte normative decât cele aplicabile („probabil dintr-o eroare/ neatenție/etc."). Astfel, materialul balast nu mai poartă această denumire, ci denumirea de AGREGATE, conform standardului aplicabil SR EN 13242+A1:2008 (Agregate nelegate hidraulic pentru lucrări de drumuri).

- Listele de cantități au un cod orientativ de articol din normele de deviz asigurând ofertanţilor o bază orientativă de utilizare a normelor de deviz. Fiecare ofertant are deplină libertate de a alege acel cod și/sau nume de material, astfel încât să se asigure că vor realiza, în condiţii de calitate corespunzătoare, toate lucrările proiectului, în conformitate cu prevederile Ordinului M.L.P.T.L. 1568/2002 pentru aprobarea Ghidului privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții, realizate din fonduri publice - indicativ „P91/1-02".

- H.G. 907/2016 privind etapele de elaborare şi conţinutul-cadru al documentaţiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/ proiectelor de investiţii finanţate din fonduri publice, precizează clar, în Nota din anexa 10 (conținut cadru al proiectului tehnic), următoarele: *„La elaborarea proiectelor, materialele confecţiile, elementele prefabricate utilajele tehnologice şi echipamentele vor fi definite prin parametri, performanţe şi caracteristici. Este interzis a se face referiri sau trimiteri la mărci de fabrică, producători, furnizori sau la alte asemenea recomandări ori precizări care să indice preferinţe sau să restrângă concurenţa. Caracteristicile tehnice şi parametrii funcţionali vor fi prezentaţi în cadrul unor limite (pe cât posibil) rezultate din breviarele de calcul şi nu vor fi date în mod determinist în scopul de a favoriza un anumit furnizor (producător)".*

- Articolul de lucrări DA06B are în rețetă materialul BALAST și nu balast sortat/spălăt/nespălat - aceasta fiind o încălcare a celor de mai sus.

Concluzionând cele expuse, autoarea contestației apreciază că, pentru a putea elimina din competiție un ofertant, autoritatea contractantă trebuia să dovedească că ceea ce a propus în ofertă nu îndeplineşte condiţiile descrise prin caietul de sarcini, însă atunci

când caietele de sarcini fac referire la standarde inaplicabile nu poate să aprecieze că materialele propuse de ofertant nu îndeplinesc cerinţele de calitate impuse de proiect/reglementari tehnice in vigoare/standarde aplicabile.

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura simplificată - într-o singura etapă, derulată online, prin intermediul SEAP, în vederea atribuirii contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect *„Modernizare drumuri de interes local în ..., județul ...”*, cod CPV 45233120-6 - Lucrari de construcții de drumuri (Rev.2), prin publicarea, în SEAP, a anunțului de participare simplificat nr. 427040/13.04.2018.

Valoarea estimată a contractului de lucrări este de 5.283.825 lei, fără TVA, iar criteriul de atribuire stabilit este *„prețul cel mai scăzut”*.

În procesul verbal de verificare a propunerilor tehnice, înregistrat la emitent sub nr. 4774/04.06.2018, autoritatea contractantă a consemnat faptul că a decis să solicite clarificări, în conformitate cu prevederile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016 și art. 209 din Legea nr. 98/2016 ofertantului SC ... SRL, întrucât, analizând Formularul C6, a constatat neconcordanțe cu formularul C6 din propunerea tehnică și caietul de sarcini.

Potrivit procesului verbal de verificare a propunerilor tehnice, înregistrat la emitent sub nr. 4922/08.06.2018, *„comisia declară oferta SC ... SRL neconformă, deoarece ofertantul a prevăzut alte materiale decât cele solicitate prin caietul de sarcini. Prin urmare oferta nu corespunde cerințelor documentației de atribuire. Comisia își întemeiază decizia conform prevederilor art. 215 alin. (50 din Legea nr. 98/2016 și art. 137 alin. (3) lit. a) din H.G. nr. 395/2016”.*

Această decizie a fost comunicată contestatoarei prin adresa nr. .../28.06.2018, împotriva căreia SC ... SRL a depus contestația de față.

Examinând susținerile părților, probatoriul aflat la dosarul cauzei și dispozițiile legale aplicabile, Consiliul constată:

Comunicarea deciziei de respingere, ca neconformă, a ofertei contestatoarei s-a efectuat cu adresa nr. .../28.06.2018, în conținutul căreia se regăsesc următoarele informații:

*«(...) oferta dumneavoastra a fost declarata neconforma, conform prevederilor art. 215 alin. (5) din Legea 98/2016 si art. 137 alin. (3) lit. a) din HG 395/2016, respectiv nu satisface in mod corespunzator cerinţele caietului de sarcini.*

*Comisia de evaluare a emis aceasta decizie in urma analizei răspunsului nr. .../06.2018 la solicitarea de clarificari nr. .../ 04.06.2018.*

*Comisia a constatat ca ofertantul declara ca neconcordanta dintre materialul ofertat "Balast nespalat de rau 0-70 mm" si materialul solicitat "Balast sortat spalat de mal 0-70mm" este cauzata de faptul ca denumirile sunt din 1982. Comisia considera*

*cele doua materiale (ca) nu sunt similare, diferentele dintre ele se refera la o caracteristica esenţiala a acestora, si nu doar la o diferenţa in denumire. Prin urmare, ofertantul a inlocuit un material din caietul de sarcini cu un alt material, care are alte caracteristici.*

*Referitor la punctul c), ofertantul declara ca materialul "Vopseaua albaclor-cauciuc" este inglobat in materialul "Email alb". Comisia considera ca are loc o inlocuire de materiale, deoarece cele doua materiale nu sunt echivalente si au caracteristici si proprietati diferite, înlocuirea vopselei albe clor-cauciuc cu email alb contravine cerinţelor din caietul de sarcini.(...)».*

Nemulțumită de această decizie, SC ... SRL, prin contestația promovată, a solicitat anularea ei, a adresei nr. .../28.06.2018, prin care a fost desemnat ofertantul câștigător, precum și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale și a celorlalți competitori.

Preliminar analizării aspectelor sesizate de contestatoare, este de remarcat că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini (părțile tehnice), formularele necesare și modelul contractului de achiziție, la care se adaugă clarificările postate în SEAP, prin faptul că au depus ofertă, au fost acceptate de operatorii economici participanți, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru autoritatea contractantă, cât mai ales pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, inclusiv pentru SC ... SRL. La acest moment nu pot fi emise pretenții sau critici vizavi de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

În aceeași direcție, Curtea de Apel Iași, Secția de contencios administrativ și fiscal, a reținut în decizia nr. 2204 din 21 septembrie 2012 că cerințele riguroase în materie de achiziții publice presupun întocmirea documentelor necesare în conformitate cu prevederile documentației de atribuire, cunoscut fiind faptul că garantarea corectitudinii procedurii achizițiilor publice poate justifica respingerea ofertei pentru orice fel de încălcare a dispozițiilor legale în materie, care ar putea fi considerată de ofertant mai puțin importantă. Astfel că, în acest moment, nu pot fi emise pretenții sau critici față de prevederile documentației de atribuire, întrucât ar fi vădit tardive, raportat la termenul prescris de Legea nr. 101/2016.

Consiliul constată că, în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a întocmit, printre altele, procesul-verbal nr. 4774/04.06.2018 de verificare a propunerilor tehnice, în cadrul căruia, pentru societatea contestatoare, a stabilit că va solicita clarificări. Astfel, prin adresa nr. .../04.06.2018, autoritatea, la pct. 1, a cerut SC ... SRL: *„Referitor la Lista de consumuri de materiale cumulate pe proiect s-a constatat: (...)*

*A fost ofertat Balast nespălat de râu 0-70 mm, în cantitate de 14119,69 mc. În caietul de sarcini este solicitat Balast sortat spălatde mal 0-70 mm în cantitate de 13883,71 mc.*

*În caietul de sarcini este solicitată Vopsea albă clor-cauciuc pentru marcaj rutier – 12,57 km. Această resursă nu a fost identificată în formularul C6 prezentat. Vă rugăm să clarificați".*

La această solicitare, SC ... SRL a transmis răspunsul nr. .../05.06.2018, înregistrat la sediul autorității cu nr. ...06.06.2018, în conținutul căruia a menționat:

*«(...) b. Denumirile materialelor din formularul C6 pot fi uşor diferite intre ele si cu siguranţa multe dintre ele nu corespund standardelor in vigoare, fiind denumiri din 1982. În mod concret, denumirea materialului "Balast... sort 0-70mm..." este diferită de la un soft de devize la altul și nu trebuie interpretată exact din motivele expuse mai sus. Toate materialele puse în opera vor respecta standardele actuale, chiar dacă denumirile lor sunt preluate din indicatoarele de deviz ediţia 1982 iar în prezent ar putea să difere de standardele în vigoare (din 1982 până în prezent standardele s-au modificat). Cantitatea de 14.119,69 mc reiese din rețetele originale ale articolelor de deviz DA06A1 și DA06B1 din Listele de cantități impuse de Autoritatea contractantă. Diferenţa dintre cele două valori rezidă din faptul ca proiectantul a micşorat gradul de compactare din rețetele originale (1,311 mc/mc) și astfel în extrasul C6 a reieşit 13883,71 mc în loc de 14.119,69 mc. În oferta noastră s-a utilizat gradul de compactare din indicatorul de devize (1,311) și astfel a rezultat o cantitate superioară, asigurând gradul de compactare impus de caietele de sarcini și implicit respectă calitatea lucrărilor.*

*c. Vopseaua albă clor-cauciuc pentru marcaje rutiere transversale în cantitate de 12,57 kg, se regaseste in Lista de cantitati pusa la dispoziţie de către Autoritatea contractanta in cadrul articolului DE09C#-Marcaje transversale... din devizul Suprastructura si semnalizare, strada Zaharia Stancu iar in softul nostru de devize acest material este inlocuit cu "6108804 - Email alb ii e. 109-5 ni 1707-61'' ca la celelalte tipuri de marcaje rutiere. Deci in oferta noastra acest material se regaseste inglobat in cantitatea de 792,72 kg de la punctul 26 din formularul C6, fiind aceeași vopsea ca la marcajele longitudinale".*

În soluționare, Consiliul are în vedere fișa de date a achiziției, unde la cap. *IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice,* s-a precizat printre altele: *„Propunerea tehnica elaborata de ofertant va respecta în totalitate cerintele prevazute în caietul de sarcini. (...) Propunerea tehnica va contine: (...)*

*2. Listele cu cantitatile de lucrari, fisele tehnice si formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de santier.*

*3. Extrasele de resurse materiale, manopera, utilaj si transport (...)".*

De asemenea, în cadrul listelor de cantități (care fac parte din documentația de atribuire) publicate în SEAP de către autoritatea contractantă, se regăsește *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect – C6cp,* în conținutul căreia la poz. 5– se menționează: „2200379 ***Balast sortat spalat de mal 0-70 mm***".

Verificând listele de cantități prezentate de contestatoare, Consiliul constată că în toate formulare..., reprezentând consumurile de resurse materiale, SC ... SRL a precizat că va utiliza: „***Balast nespălat de de râu 0-70 mm"***, simbol ... (a se vedea paginile ..., ..., ..., .. ... ... etc.)

Având în vedere motivul de respingere de mai sus, legat de materialul propus, care a stat la baza respingerii ofertei contestatoarei, ca neconformă, în baza art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, Consiliul va analiza comparativ informațiile conținute de propunerea tehnică depusă inițial de contestatoare, cu cele comunicate de aceasta din urmă în răspunsul la solicitarea de clarificări, raportat la conținutul documentației de atribuire.

De asemenea, Consiliul ține seama și de faptul că SC ... SRL nu a avut nicio obiecție privind cerința *„balast sortat spalat de mal 0-70 mm"*, în sensul solicitării unei clarificări autorității contractante, așa cum stabilesc dispozițiile art. 160 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora*: „Orice operator economic interesat are dreptul de a solicita clarificări sau informaţii suplimentare în legătură cu documentaţia de atribuire, cu respectarea termenului limită stabilit de autoritatea contractantă în anunţul de participare/simplificat/de concurs",* sau depunerii unei contestații urmând calea procedurală, prin faptul că a depus oferta. Prin urmare, se prezumă că a înțeles și acceptat conținutul documentației de atribuire, fiind astfel obligată să respecte dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentaţiei de atribuire* (...)".

În aceste condiții, Consiliul va respinge ca tardive alegațiile contestatoarei potrivit cărora autoritatea contractantă se află în posesia unor caiete de sarcini care au fost întocmite pe baza altor normative decât cele aplicabile „(*probabil dintr-o eroare/neatenție/etc.)",* deoarece, așa cum s-a arătat mai sus, avea posibilitatea de a le critica înainte de depunerea ofertei.

Astfel, întrucât în conținutul propunerii tehnice, nu se regăsește menționat *„Balast sortat spălat de mal 0-70 mm*", ci doar *„Balast nespălat de râu 0-70 mm"* și nici răspunsul dat, prin adresa nr. ... /05.06.2018, nu a fost unul lămuritor, Consiliul constată că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, ca neconformă oferta contestatoarei, pe acest motiv.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere și faptul că nici în cadrul contestației, SC ... SRL nu și-a argumentat susținerea potrivit căreia materialele în discuție „prezintă aceleași caracteristici fizico-chimice”. Prin urmare, doar simpla afirmație de mai sus nu poate fi considerată relevantă, în condițiile în care nu a fost însoțită de explicații sau documente, fie și prin prezentarea unui buletin de analize de la un laborator acreditat în domeniu, care să certifice faptul că aceste materiale au aceleași proprietăți fizico-chimice. În același sens, se pronunță Consiliul și în ceea ce privește doar invocarea indicatoarelor de deviz din 1981 sau a standardelor din 1982. Or, chiar dacă acestea sunt foarte vechi, contestatoarea trebuia să prezinte explicații făcând o comparație cu informațiile din prezent.

De altfel, Consiliul apreciază că dacă în execuția lucrărilor de modernizare drumuri se utiliza doar materialul „balast”, nu s-ar fi făcut vorbire la diferențierea lui, respectiv: *Balast sortat spălat de mal 0-70 mm* și *Balast nespălat de râu 0-70 mm.*

Referitor la afirmația contestatoarei conform căreia comisia de evaluare a luat o măsură disproporționată, motivat de faptul că eroarea pe care a produs-o ar fi putut fi considerată o abatere tehnică minoră, în sensul dispozițiilor art. 134 alin. (9) lit. a) din HG nr. 395/2016, Consiliul o respinge ca neîntemeiată, deoarece, în acest caz, nu se poate face vorbire de cuantificarea teoretică în valoare monetară a unei abateri tehnice sau omisiuni, ci de o ofertare a unui material care nu corespunde caietului de sarcini, situație care se încadrează la art. 137 alin. (3) lit. a) din același act normativ.

Acest lucru este dovedit de SC ... SRL chiar în conținutul contestației sale, prin afirmația potrivit căreia autoritatea contractantă nu ar fi respectat art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/ 2016, deoarece clarificările solicitate ar fi trebuit să vizeze „***confirmarea faptului că materialul utilizat în ofertă va avea calitățile celui din documentația de atribuire***”.

Relevant este și faptul că în PTH ... – *Modernizare drumuri de interes local în ..., Județul ...,* la cap. *5 - EXECUTAREA STRATULUI DE FUNDAŢIE DIN BALAST,* la pct. 6.2, se menționează: *„Balastul utilizat la execuţia stratului de fundaţie trebuie să îndeplinească condiţiile prevăzute de SR EN 12620/2013, SR EN 130.../2013;* or, potrivit *Declarației de performanță nr. 234 din 14.02.2018* (fila ... )*, pentru produsul „balast 0/63” este precizat SR EN 13242+A1:2008,* diferit față de cele de mai sus.

Având în vedere cele expuse, Consiliul, pe baza aceluiași raționament, va respinge ca neîntemeiate și criticele contestatoarei asupra motivului de respingere a ofertei sale legat de înlocuirea materialului *„... - Vopsea albă clor-cauciuc pt. marcaj rutier”,* așa acum s-a solicita în caietul de sarcini în *Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale cumulat pe proiect* - C6cp, la poziția ..., față de

*„6108804 - Email alb ii e. 109-5 ni 1707-6”*; de ex: la paginile ..., ..., ..., ... ... ... etc.

În concluzie, neatenția societății contestatoare în întocmirea propunerii sale tehnice este evident sancționată, fiind vorba de o competiție, de incidența dispozițiilor art. 137 alin. (3) lit. a) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: *„În condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii: a) nu satisface în mod* corespunzător cerinţele caietului de sarcini”.

Față de cele evocate, Consiliul apreciază că autoritatea contractantă a respins, în mod corect, oferta contestatoarei pe aspectele prezentate mai sus.

În ceea ce privește critica societății contestatoare asupra faptului că autoritatea contractantă i-a comunicat adresa nr. .../28.06.2018, „act adresat câștigătorului procedurii”, Consiliul nu o mai reține în soluționare, întrucât explicațiile autorității au fost foarte clare *„comunicarea nr. .../28.06.2018 a fost transmisă ofertantului SC ... SRL din cauza unei erori (...)”*.

Referitor la observația ce vizează faptul că autoritatea contractantă nu a mai comunicat rezultatele parțiale, invocând, în acest sens, dispozițiile art. VII din OUG nr. 45/2018, Consiliul o respinge ca neîntemeiată deoarece, chiar dacă nu i s-au mai comunicat actele intermediare (procedura fiind inițiată înainte de publicarea OUG nr. 45/2016), acest lucru nu a împiedicat contestatoare să-și exercite dreptul a depune contestație uzând de dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare.

Și în ceea ce privește observația contestatoarei referitoare la faptul că propunerea financiară a ofertantului desemnat câștigător reprezintă 99,99% din valoarea estimată a contractului de achiziție publică, nu poate fi reținută ca întemeiată de către Consiliu, întrucât dispozițiile art. 137 alin. (2) lit. e) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora: *„În condiţiile art. 215 alin. (4) din Lege, oferta este considerată inacceptabilă în următoarele situaţii: (...) preţul, fără TVA, inclus în propunerea financiară depăşeşte valoarea estimată comunicată prin anunţul de participare (...),* stabilesc foarte clar situația respingerii ca inacceptabilă a unei oferte; în cazul de față nefiind vorba de incidența acestei norme legale.

Prin urmare, Consiliul constată că, în condițiile în care autoritatea ar fi acceptat răspunsul contestatoarei și modul în care a întocmit propunerea tehnică, în acest caz, ar fi încălcat principiul tratamentului egal statuat de art. 2 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, față de ceilalți ofertanți care au prezentat, de la început, în propunerea tehnică informații asupra acestei cerințe.

În concluzie, luând în considerare aspectele de fapt şi de drept mai sus prezentate, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, pentru considerentele evocate în motivare, Consiliul va

respinge, ca nefondată, contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ....

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

Pentru cele constatate,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

**CONSILIUL DECIDE:**

Respinge, ca nefondată contestația formulată de către SC ... SRL, cu sediul social în comuna ..., str. Str. ...nr. ..., județul ..., în contradictoriu cu ..., cu sediul în localitatea ..., str. ...nr. ..., județul ....

Obligatorie.

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

| **Preşedinte,** | **Membru,** | **Membru,** |
|---|---|---|
| **...** | **...** | **...** |