

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: ...

I. Prin contestația nr. 162/08.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11272/08.03.2021, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., formulată împotriva adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2504/25.02.2021, emisă de COMUNA ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii organizată în vederea atribuirii contractului având ca obiect „Modernizare străzi în localitatea ...”, s-a solicitat:

- *anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 2504/25.02.2021, a raportului procedurii și a tuturor documentelor ce au stat la baza emiterii actului de comunicare a rezultatului procedurii, precum și a eventualelor documentele emise ulterior adresei de comunicare a rezultatului procedurii;*

- *obligarea autorității contractante la reluarea procedurii prin reanalizarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător;*

- *obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată efectuate în vederea formulării contestației.*

Prin cererea de intervenție nr. 343/17.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13279/17.03.2021, formulată de SC ...SRL, cu sediul în, lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii în cauză, s-a solicitat:

- *în principal, admiterea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu (principală), prin care solicită:*

- *încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 și art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă;*

- *respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;*

- *menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător;*

- accesul la dosarul cauzei și amânarea pronunțării unei decizii, în cauza supusă judecății, cu un termen rezonabil, ulterior studierii dosarului achiziției;

- în subsidiar, în cazul respingerii cererii de intervenție principală, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, prin care înțelege să sprijine apărările autorității contractante;

- respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;

- menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

II. Prin contestația nr. 401/08.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11293/08.03.2021, înaintată de SC ...SRL, cu sediul în ..., reprezentată convențional prin ..., cu sediul ales în ..., formulată împotriva rezultatului procedurii comunicat prin adresa nr. 2502/25.02.2021, emisă de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul aceleiași proceduri, s-a solicitat:

- anularea adresei nr. 2502 din 25.02.2021, precum și a tuturor înscrisurilor care au stat la baza emiterii acesteia;

- anularea raportului procedurii de atribuire nr. 2496 din 24.02.2021, în partea care privește admisibilitatea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2;

- anularea deciziei autorității contractante prin care oferta Asocierii ...SRL - ...SRL a fost desemnată admisibilă și câștigătoare, iar cea a Asocierii ...SRL - ...SRL a fost declarată admisibilă;

- obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor clasate pe locurile 1 și 2.

Prin cererea de intervenție nr. 357/18.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 13759/19.03.2021, formulată de SC ...SRL, cu sediul în ..., având ..., lider al Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, în calitate de ofertantă declarată câștigătoare a procedurii în cauză, s-a solicitat:

- în principal, admiterea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu (principală), prin care solicită:

- încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 și art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă;

- respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;

- menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător

- accesul la dosarul cauzei și amânarea pronunțării unei decizii, în cauza supusă judecății, cu un termen rezonabil, ulterior studierii dosarului achiziției.

- în subsidiar, în cazul respingerii cererii de intervenție principală, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, prin care înțelege să sprijine apărările autorității contractante.

- respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;

- menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.

Contestațiile și cererile de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 17 din Legea nr. 101/2016 și art. 66 alin. (1), art. 67 alin. (1) și art. 123 alin. (1) C. proc. civ.

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

Consiliul a fost legal sesizat și este competent, potrivit dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, să soluționeze contestațiile de față, prin care SC ...SRL și SC ...SRL critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, respectiv admisibilă oferta Asocierii ...SRL - ...SRL, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

I. Prin contestația nr. 162/08.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 11272/08.03.2021, SC ...SRL, în calitate de ofertant clasat pe locul II în cadrul procedurii, reclamă decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL.

Preliminar, petenta învederează Consiliului că autoritatea contractantă a refuzat să-i permită studierea dosarului achiziției, motivând că acesta nu are caracter de document public.

Astfel, nemulțumită de rezultatul procedurii de atribuire, contestatoarea critică activitatea desfășurată de autoritatea contractantă în cadrul procedurii și oferta Asocierii ...SRL & ...SRL, pentru următoarele motive:

1. Prețul propus de ofertantul declarat câștigător este neobișnuit de scăzut (nejustificat):

Având în vedere prevederile art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, desemnarea ofertelor câștigătoare se face dintre participanții care respectă, în mod integral, cerințele documentației de atribuire și dispozițiile legale incidente.

În raport de valoarea estimată a procedurii în cauză - 38.314.479,22 lei, fără TVA, prețul propus de ofertantul declarat

câștigător reprezintă un procent de sub 75% din valoarea estimată a procedurii, preț care sub nicio formă nu poate reflecta valoarea reală a lucrărilor care trebuie să fie executate.

Petenta apreciază că, deși legislația în vigoare nu prevede un prag valoric în funcție de care să se stabilească, în mod clar, dacă un preț este nejustificat (neobișnuit de scăzut), pragul din vechea reglementare este unul psihologic și trebuie avut în vedere de către autoritățile contractante.

Justificarea în detaliu a prețului ofertat este necesară și în considerarea faptului că propunerea financiară are o pondere de 60% din punctajul obținut de fiecare ofertant, în orice caz, autoritatea contractantă trebuia să dea dovadă de maximă diligentă în acest sens, cu atât mai mult cu cât prețul ofertantului declarat câștigător este sub 75% din valoarea estimată a procedurii, fiind măcar în aparență unul neobișnuit de scăzut.

Legislația aplicabilă stabilește, în mod expres, anumite obligații în sarcina autorității contractante pentru situații precum cea din prezenta cauza.

Petenta arată că, invocând prevederile art. 210 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă i-a cerut, prin solicitarea de clarificări nr. 5797/10.06.2020 și prin solicitarea de clarificări nr. 8076/31.07.2020, să confirme prețul principalelor materiale ce vor fi puse în operă, respectiv să clarifice prețul ofertei, inclusiv prin prezentarea unor dovezi concludente privind prețurile de la furnizori și diferite costuri. Petenta susține că a răspuns de fiecare dată detaliat, cu maximă celeritate, furnizând COMUNEI ...toate informațiile și documentele solicitate.

Ținând seama de prețul propus de oferta declarată câștigătoare, cu atât mai mult se impunea ca autoritatea contractantă să solicite o justificare clară, obiectivă și documentată a ofertei financiare.

Prețul final prezentat de ofertanți trebuie să conțină toate elementele obligatorii - consumuri cu resurse umane, utilaje, transporturi, cheltuieli indirecte și directe, profit țintit, etc. și să fie clar și justificat, inclusiv prin oferte ferme de preț pentru materiale de la furnizori. În plus, propunerea financiară trebuie să fie corelată cu elementele propunerii tehnice pentru evitarea unei executări defectuoase a contractului.

Așadar, contestatoarea consideră că se impunea ca autoritatea contractantă să ceară ofertantului declarat câștigător să justifice prețul propus și să demonstreze că toate elementele care alcătuiesc oferta financiară (consumurile de utilaj, transport și resurse umane, cheltuieli indirecte, directe, profit) sunt cotate financiar, precum și să prezinte oferte de la furnizori pentru materiale ofertate.

Sanctiunea care intervine în cazul în care ofertantul nu prezintă documente elocvente, clare pentru justificarea ofertei sale financiare este, în mod evident, descalificarea.

Prin urmare, autoritatea contractantă avea o obligație legală de a solicita ofertantului declarat câștigător clarificări referitoare la prețul propus. În plus, clarificările privitoare la preț se impuneau și din perspectiva respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul transparenței și principiul tratamentului egal, obligație consacrată legal la art. 49 din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale.

Autoarea contestației mai adaugă faptul că ofertanții au dreptul de a-și prevedea în ofertă propriile consumuri și tehnologii de execuție, însă trebuie să fie în măsură să le și justifice, astfel încât să fie sustenabile și să nu aibă ca efect vicierea rezultatului prin ofertarea unor elemente ce formează prețul ce nu corespund realității și distorsionează concurența. Necesitatea solicitării de clarificări se impune cu atât mai mult cu cât oferta depusă reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel prețul final ofertat nu este prezumat a fi valabil și admis, fără a identifica corespondentul acestora cu cerințele tehnice din caietul de sarcini, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii financiare a căror realitate trebuie să fie verificată de comisia de evaluare.

Din punctul său de vedere, fără documente edificatoare în acest sens, oferta declarată câștigătoare nu demonstrează realitatea prețului, iar în lipsa unor justificări concludente asupra fundamentării prețului din punct de vedere economic, oferta respectivă trebuie descalificată.

În susținere, petenta invocă jurisprudența Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, care a reținut în cuprinsul unei decizii pronunțate în cursul anului 2017 următoarele: *„legiuitorul a instituit obligația fundamentării financiare a ofertei în sarcina ofertantului. Acesta avea obligația de a-și justifica prețul, iar comisia de evaluare era obligată să evalueze informațiile cuprinse în răspunsul ofertantului, nu de a formula apărări bazate pe presupuneri (informații necomunicate oficial de ofertant)”*, iar în cadrul unei alte decizii s-a arătat că *„Orice decizie a autorității privind admiterea sau respingerea unei oferte trebuie fundamentată pe o evaluare temeinică sub toate aspectele acesteia, și pe probe concludente, iar nu pe elemente insuficiente/neclare sau incerte care nu permit realizarea unei evaluări obiective a ofertei. Anterior finalizării evaluării ofertelor, autoritatea contractantă ar fi trebuit să stabilească cu exactitate dacă propunerea financiară a SC ... SRL este una reală și fermă și numai în urma obținerii și verificării detalierei prețului ofertat, putea stabili conformitatea, sustenabilitatea, realitatea și corectitudinea formării acestuia”*.

În concluzie, petenta arată că, în condițiile în care societățile asociate care au depus oferta declarată câștigătoare nu au depus

documente concludente, edificatoare privind prețul ofertat, este mai mult decât evident că prețul propus de ofertantul declarat câștigător este unul neobișnuit de scăzut și total nejustificat, iar autoritatea contractantă ar fi trebuit să descalifice această ofertă.

2. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 216 alin. (1) din Legea nr. 98/2016:

Petenta arată că autoritatea contractantă nu i-a permis accesul la dosarul achiziției, nu i-a comunicat raportul procedurii odată cu adresa privind rezultatul procedurii și nici nu a regăsit acest document publicat în SEAP.

În opinia sa, importanța raportului procedurii este esențială, deoarece în cuprinsul acestui document se regăsesc inclusiv mențiuni obligatorii, precum cele prevăzute la art. 216 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016. Mai mult, cunoașterea conținutului raportului procedurii este o garanție a faptului că procedura s-a desfășurat în mod legal și transparent.

Prin urmare, lipsa comunicării unui document de asemenea importanță către participanți reprezintă o încălcare a principiului legalității și a principiului transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

3. Autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016:

Petenta învederează că, în considerarea dispozițiilor art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, a cerut autorității contractante să-i permită studierea dosarului achiziției, inclusiv informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau informațiile referitoare la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

Autoritatea contractantă i-a refuzat accesul la studierea dosarului achiziției, fără a face vreo referire la caracterul confidențial al documentelor, limitându-se să menționeze că *dosarul achiziției nu are caracter de document public în accepțiunea art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016*.

În opinia petentei, autoritatea contractantă nu face o distincție elementară între norma generală - prevăzută la art. 217 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 și norma specială stabilită la art. 217 alin. (6) Legea nr. 98/2016, aceasta din urmă fiind incidentă atunci când cererea de studiere a dosarului achiziției vine din partea unui ofertant/candidat. Această excepție, derogare, are în vedere calitatea de ofertant/candidat a solicitantului și conferă dreptul de acces la documente și informații care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

În concluzie, petenta arată că această conduită nelegală a autorității contractante constituie o obstrucționare abuzivă a accesului la informații, un caz tipic de încălcare a principiului transparenței și este evident că autoritatea contractantă a încălcat mai multe obligații legale,

esențiale, imperative, procedura fiind viciată, iar actele emise în aceste condiții sunt lovite de nulitate.

Autoritatea contractantă a transmis documentele relevante în soluționarea contestației, atașat punctului de vedere nr. 3243/15.03.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 12769/15.03.2021, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Conform prevederilor art. 210 din Legea nr. 98/2016, în cazul unei propuneri financiare aparent neobișnuit de scăzute în raport cu lucrările, produsele sau serviciile care constituie obiectul contractului de achiziție publică/care urmează a fi atribuit, autoritatea contractantă are obligația de a solicita ofertantului care a depus o astfel de ofertă clarificări cu privire la prețul sau costurile propuse în respective ofertă. Clarificările se pot referi, în special, la:

- fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de construcție utilizate;

- soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizarea produselor sau a serviciilor ori executarea lucrărilor;

- originalitatea lucrărilor, produselor sau serviciilor propuse de ofertant;

- respectarea obligațiilor prevăzute la art. 51 alin. (1) (respectarea reglementărilor obligatorii în domeniile mediului, social și al relațiilor de muncă, stabilite prin legislația adoptată la nivelul Uniunii Europene, legislația națională, prin acorduri colective sau prin tratatele, convențiile și acordurile internaționale în aceste domenii);

- respectarea obligațiilor prevăzute la art. 218;

- posibilitatea ca ofertantul să beneficieze de un ajutor de stat.

Autoritatea contractantă evaluează informațiile și documentele furnizate de ofertantul a cărui ofertă are un preț aparent neobișnuit de scăzut și respinge respectiva ofertă numai atunci când dovezile furnizate nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, ținând seama de elementele menționate la alin. (2).

De asemenea, conform art. 136 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, în situația în care comisia de evaluare constată că elemente de preț ale unei oferte sunt aparent neobișnuit de scăzute, prin raportare la prețurile pieței, utilizându-se ca referință în acest sens informații cum ar fi buletine statistice, sau cotații ale burselor de mărfuri, comisia de evaluare va solicita ofertantului care a depus oferta în cauză explicații cu privire la posibilitate îndeplinirii contractului în condițiile de calitate impuse prin documentația de atribuire. Explicațiile aduse de ofertant vor fi însoțite de dovezi concludente privind elementele prevăzute la art. 210 alin. (2) din lege, precum și, după caz, documente privind prețurile ce pot fi obținute de la furnizori, situația

stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului de lucru, nivelul de salarizare al personalului ofertantului, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru.

În cazul în care ofertantul nu prezintă comisiei de evaluare informațiile și/sau documentele solicitate sau acestea nu justifică în mod corespunzător nivelul scăzut al prețului sau al costurilor propuse, oferta va fi considerată neconformă.

În aplicarea tuturor acestor prevederi legale și contrar celor afirmate de contestatoare, autoritatea contractantă arată că a solicitat asocierii declarate câștigătoare, prin adresa nr. 8075/31.07.2020, fundamentarea prețului ofertat. Clarificările solicitate s-au referit la fundamentarea economică a modului de formare a prețului, prin raportare la procesul de producție, serviciile furnizate sau metodele de constructive utilizate și cu privire la soluțiile tehnice adoptate și/sau orice condiții deosebit de favorabile de care beneficiază ofertantul pentru furnizare produselor sau a serviciilor ori a lucrărilor executate.

Asocierea ...SRL - ...SRL a răspuns în termen la solicitările de clarificări, prin adresa nr. 1160/05.08.2020, fiind transmise, totodată, toate documentele relevante ce au stat la baza formării prețului ofertat. Oferta depusă de Asocierea ...SRL - ...SRL reprezintă angajamentul asumat de către ofertant în scopul realizării obiectului contractului, astfel că prețurile consemnate nu sunt elemente pur formale ale ofertei prezentate a fi valabile și admise fără probe concludente, pe simple aprecieri, ci reprezintă elementele esențiale ale propunerii financiare a căror realitate a fost verificată de comisia de evaluare și confirmată de ofertant prin documentele înaintate autorității contractante.

Autoritatea contractantă arată că asocierea a demonstrant fundamentarea prețului aparent neobișnuit de scăzut, oferta acestuia fiind admisibilă și conformă.

De asemenea, autoritatea contractantă apreciază că petenta a prezentat simple speculații cu privire la neîntocmirea raportului procedurii, deoarece comisia de evaluare a întocmit raportul procedurii conform prevederilor art. 216 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, raport ce este însoțit de anexe (procese verbale ale comisiei de evaluare) care conțin informații ce au fost declarate confidențiale de către ofertanți.

În ceea ce privește refuzul de a permite accesul contestatoarei la dosarul achiziției, autoritatea contractantă apreciază că a fost motivat, pe de o parte de faptul că ofertele depuse de către participanții la procedura de atribuire au fost declarate de aceștia confidențiale, iar pe de altă parte prin faptul că dosarul achiziției publice dobândește caracter de document public ulterior finalizării procedurii de atribuire.

În acest sens, autoritatea contractantă invocă prevederile art. 57, art. 215 alin. (4) și (5), art. 217 alin. (5) și (6) din Legea nr. 98/2016, precum și ale art. 123 din Hotărârea nr. 395/2016. Astfel, având în

vedere și dispozițiile art. 211 din Legea nr. 98/2016, finalizarea procedurii de atribuire se realizează prin: *"..a) încheierea contractului de achiziție publică/acordului-cadru; sau b) anularea procedurii de atribuire"*. Prin urmare, fiind în termenul legal de așteptare până la încheierea contractului, pentru depunerea eventualelor contestații, procedura de atribuire nu este finalizată și pe cale de consecință dosarul achiziției nu are caracter de document public (art. 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016).

Prin cererea de intervenție nr. 343/17.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 13279/17.03.2021, SC ...SRL, lider al Asocierii ...- RIA DESIGN CONSULTING, în calitate operator economic declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire, solicită:

- *în principal, admiterea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu (principală), prin care solicită:*

- *încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 și art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă;*

- *respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;*

- *menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.*

- *în subsidiar, în cazul respingerii cererii de intervenție principală, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, prin care înțelege să sprijine apărările autorității contractante.*

- *respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;*

- *menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.*

a) Referitor la capătul de cerere principal - cererea de intervenție principală, intervenienta justifică interesul și condițiile de admitere a acestei cereri raportat la prevederile art. 61 alin. (1) și (2) și art. 62 din Codul de procedură civilă și ale art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, apreciind că interesul societății de a interveni în cadrul contestației formulate de către S.C. ...S.R.L. rezidă în:

- Calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire, în vederea apărării intereselor proprii și pentru a preveni compromiterea acestora;

- Posibilitatea modificării clasamentului ofertanților prin pierderea beneficiului câștigat de către societate, având în vedere că se contestă raportul procedurii de atribuire/rezultatul procedurii;

- Respectarea dreptului la apărare și la un proces echitabil prin oferirea posibilității formulării unor apărări corespunzătoare de natură a dovedi lipsa de temeinicie și fundament a criticilor contestatoarei cu privire la legalitatea rezultatului procedurii de atribuire.

Dreptul de a interveni în cadrul procedurii de soluționare a contestației și în cadrul unor eventuale căi de atac rezidă în calitatea de ofertant declarat câștigător, având drept scop introducerea sa în cauză pentru a asigura apărarea interesului său legitim în ceea ce privește legalitatea rezultatului procedurii de atribuire și implicit a deciziei de atribuire a contractului în favoarea sa.

În considerarea celor mai sus enunțate, care se referă în mod expres la dreptul ofertantului câștigător de a formula apărări în vederea prezervării dreptului de a încheia contractul cu autoritatea contractantă, rezultă că acest drept se naște de la momentul primirii rezultatului procedurii și poate fi exercitat de către acesta în etapa soluționării litigiului în fața CNSC, interesul ofertantului de a interveni în cadrul procedurii de soluționare a contestației rezidă în calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire.

b) Referitor la capătul de cerere subsidiar - cererea de intervenție accesorie, intervenienta justifică interesul și condițiile de admitere a acestei cereri raportat la prevederile art. 61 alin. (1) și (3) și art. 63 din Codul de procedură civilă:

- Interesul său în promovarea cererii de intervenție accesorie în sprijinul apărărilor formulate în dosar de către autoritatea contractantă rezidă în faptul că deține calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire.

- Interesul în sprijinirea apărărilor formulate de către autoritatea contractantă rezidă în faptul că prin pronunțarea unei hotărâri favorabile autorității contractante obține la rândul său satisfacerea folosului propriu constând în continuarea procedurii prin semnarea contractului de achiziție.

c) Referitor la criticile formulate de către contestatoare în susținerea admiterii contestației sale:

- În primul rând, intervenienta invocă excepția tardivității formulării contestației, având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) din Legea 101/2016.

- De asemenea, în măsura în care contestatoarea nu a făcut dovada constituirii cauțiunii, în acord cu prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, aceasta solicită respingerea contestației.

Intervenienta apreciază că SC ...SRL emite simple speculații conjuncturale cu privire la pretinsa neconformitate a ofertei ..., fără a fi invocate elementele concrete și obligatorii pe care contestatoarea a înțeles să-și întemeieze cererea, potrivit prevederilor legale în materie.

În opinia sa, prin acest mecanism contestatoarea își exercită abuziv dreptul de a formula contestație și refuză să accepte faptul că

participarea concurențială în cadrul unei proceduri de atribuire presupune atât stabilirea unei oferte câștigătoare, cât și declararea altor oferte ca necâștigătoare.

În raport cu caracterul general și speculativ al criticilor contestatoarei, respectiv omisiunea acesteia de a-și motiva cererea în fapt și în drept, aceasta invocă dispozițiile art. 10 lit. e) din Legea nr. 101/2016, apreciind că, pentru ca C.N.S.C. să fie legal investit cu soluționarea unei cauze, contestatoarea trebuie să-și motiveze cererea, atât în fapt cât și în drept, cu respectarea termenului prevăzut de art. 8 din Legea nr. 101/2016.

Aceasta subliniază că legiuitorul, prin dispozițiile art. 11 din Legea nr. 101/2016, reglementează explicit sancțiunea anulării contestației în ipoteza în care autoarea contestației nu cuprinde toate informațiile obligatorii prevăzute la art. 10, printre acestea regăsindu-se inclusiv obligativitatea cuprinderii în cadrul contestației a motivării de fapt și drept. Într-o asemenea ipoteză, Consiliul va solicita contestatoarei să-și completeze contestația cu toate motivele de fapt și de drept, iar în măsura în care acesta nu se conformează într-un termen de 3 zile de la solicitare, contestația va fi anulată, în conformitate cu dispozițiile art. 11 alin. (1) din Legea 101/2016.

2.1 Referitor la criticile contestatoarei cu privire la pretinsul preț neobișnuit de scăzut ofertat de asocierea ...SRL & ...SRL, intervenienta arată următoarele:

Contestatoarea afirmă că prețul ar fi unul neobișnuit de scăzut, fără a preciza în concret de ce documentele puse la dispoziție pentru justificarea prețului, inclusiv în etapa de reevaluare a ofertei, nu sunt concludente, respectiv de ce consideră că s-a ofertat un preț neobișnuit de scăzut, ce elemente din ofertă au fost cotate insuficient.

Contrar afirmațiilor speculative ale contestatoarei, autoritatea contractantă a solicitat clarificări cu privire la justificarea prețului ofertat, astfel: solicitarea de clarificări nr. 8462/22.08.2019, nr. 5704/09.06.2020 și nr. 8075/31.07.2020. Prin adresele nr. 1389/26.08.2019, nr. 918/12.06.2020 și nr. 1160/05.08.2020, a răspuns întocmai autorității contractante, inclusiv prin prezentarea de documente probante, a detaliat elementele care alcătuiesc oferta financiară, a prezentat oferte de la furnizori pentru materialele ofertate, a detaliat cheltuielile de proiectare, cheltuielile indirecte, a prezentat rețetele articolelor comasate/normelor din devizele ofertă, analize de preț, nivelul de salarizare al forței de muncă, performanțele și costurile implicate de anumite utilaje sau echipamente de lucru, cheltuielile cu transporturile, soluțiile tehnice adoptate etc. Toate justificările prezentate au fost însoțite și de documente doveditoare.

De asemenea, a justificat propriile consumuri și tehnologii de execuție, astfel cum rezultă din răspunsul la clarificările pe marginea

ofertei financiare nr. 1389/26.08.2019 și din documentele anexate răspunsului la clarificări.

Pe cale de consecință, aceasta apreciază că respectivele critici ale contestatoarei sunt neîntemeiate, oferta fiind întocmită în conformitate cu documentația de atribuire, iar prețul ofertat și consumurile proprii au fost justificate în mod clar prin răspunsurile la clarificările pe aceste subiecte.

2.2 Referitor la mențiunile contestatoarei cu privire la încălcarea de către autoritatea contractantă a prevederilor art. 216 alin. (1) și 217 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, aceasta precizează următoarele:

Dreptul de consultare a dosarului achiziției publice nu poate echivala cu un mijloc prin care, fără niciun fundament real, operatorii economici ajung în poziția de a contesta aspecte de ordin general, fără nicio motivare în fapt și în drept a cererii, urmând ca ulterior studierii dosarului cauzei să se procedeze la „identificarea” acelor elemente de fapt și de drept ce ar putea fi folosite în sprijinul cererii inițiale a contestatoarei Europlus.

În măsura în care legiuitorul ar fi considerat oportun ca, odată cu primirea comunicării privind rezultatul procedurii de atribuire, fiecare dintre ofertanți să aibă cunoștință și de documentele depuse de către competitorii direcți, atunci ar fi fost create mecanismele pentru ca persoanele interesate să intre în posesia respectivelor documente.

Or, obligația de informare stabilită de legiuitor în sarcina autorității contractante nu urmărește să permită ofertanților să verifice admisibilitatea tuturor celorlalte oferte.

De asemenea, motivarea contestației este în mod evident independentă de studiul dosarului la C.N.S.C., întrucât la momentul la care contestatoarea are obligația de a-și motiva cererea în fapt și în drept, dosarul cauzei nici măcar nu este constituit.

Astfel, în soluționarea contestației, societatea ...ar fi trebuit ca, în prealabil, să motiveze și să dovedească care este prejudiciul/vătămarea produsă, care sunt cerințele pe care ofertantul declarat câștigător nu le-a îndeplinit. Scopul pentru care a fost edictată de legiuitor calea de atac a contestației nu este cel de a permite contestatorului să studieze diverse acte de la autoritatea contractantă, ci de a reclama un act nelegal, pentru motive de nelegalitate ce-i sunt cunoscute lui la momentul reclamației, iar nu necunoscute și aflate, eventual, pe parcurs.

În opinia intervenientei, acceptarea unei motivări în fapt și în drept doar ca urmare a consultării documentelor depuse la C.N.S.C. ar echivala cu o modificare a limitelor pentru care Consiliul a fost investit cu soluționarea cauzei. Instituția concluziilor scrise nu permite invocarea unor temeuri noi de fapt sau de drept, întrucât cel ce le depune nu are obligația de a le aduce și la cunoștința celorlalte părți din litigiu, astfel că, acceptarea ulterioară a acestora ar conduce la înfrângerea dreptului

la apărare și contravine principiului contradictorialității procedurii de soluționare a contestațiilor.

Raportat la conținutul contestației, intervenienta arată că niciunde nu se face o argumentație fundamentată și susținută prin probe obiective cu privire la caracterul pretins neconform și inacceptabil al ofertei sale, precum și cu privire la nesustenabilitatea prețului oferat. Or, în această situație consideră că își găsește deplină aplicabilitate principiul potrivit căruia „*cel ce face o afirmație trebuie să o dovedească*” (*actor incubit probatio*), principiu nerespectat de către contestatoarea Europlus.

Intervenienta indică paginile 1 - 6 din documentele de calificare, unde s-ar afla declarația de confidențialitate, depusă în temeiul art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, apreciind că a motivat caracterul confidențial al informațiilor cuprinse în oferta sa. De asemenea, arată că sunt confidențiale și clarificările/răspunsurile la solicitările de clarificări ce conțin întrebări privind propunerea tehnică/financiară și documentele depuse ulterior deschiderii ofertei cu privire la propunerea tehnică și financiară.

Având în vedere declarația sa de confidențialitate, SC ...SRL arată că nu este de acord cu punerea la dispoziția terților sau a altor operatori economici participanți la procedură a oricăror informații referitoare la propunerea tehnică, propunerea financiară și parte din documentele de calificare prezentate în cadrul ofertei, inclusiv eventualele solicitări de clarificare și răspunsurile aferente, întrucât respectivele informații au caracter confidențial și/sau constituie „secrete comerciale” în înțelesul dispozițiilor art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991 sau conțin date cu caracter personal, iar cunoașterea acestora de către un operator economic concurent pe piața execuției lucrărilor în domeniul infrastructurii rutiere este de natură să producă grave perturbări activității desfășurate de societate.

În concluzie, intervenienta solicită Consiliului ca, în temeiul art. 57 din Legea 98/2016 privind achizițiile publice și a art. 123 din Normele de aplicare a Legii 98/2016, să se asigure garantarea protejării informațiilor/documentelor din oferta pe care le-a precizat ca fiind confidențiale și să nu permită contestatoarei accesul la documentele declarate și dovedite ca fiind confidențiale.

SC ...SRL a formulat întâmpinarea la cererea de intervenție depusă de ...SRL, fiind înregistrată la Consiliu cu nr. 16670/01.04.2021, prin intermediul căreia a solicitat respingerea acesteia, având în vedere următoarele argumente:

- În ceea ce privește admiterea în principiu a cererii de intervenție, contestatoarea invocă prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 și ale art. 61 alin. (1) din Codul de procedură civilă, apreciind că, condiția esențială care trebuie îndeplinită pentru ca o cerere de intervenție să fie admisibilă, în principiu, este existența unui interes din partea intervenientului.

Astfel, în privința admisibilității în principiu a cererii de intervenție, aceasta o lăsa la aprecierea Consiliului Național de Soluționare a Contestatățiilor.

- Pe fondul cererii de intervenție, petenta arată că, contrar susținerilor intervenientei, contestația sa cuprinde toate elementele obligatorii prevăzute de art. 10 din Legea nr. 101/2016, inclusiv o motivare în fapt extinsă și clară, precum și precizarea temeiurilor de drept pe care înțelege să le invoce. Prin urmare, câtă vreme contestația răspunde tuturor exigențelor legale de formă, este exclusă o discuție referitoare la incidența art. 11 din Legea nr. 101/2016.

Totodată, în ceea ce privește justificarea prețului ofertat de intervenientă, aceasta apreciază că prezentarea unor explicații pur formale nu poate constitui o justificare a prețului ofertat, iar înscrisurile furnizate trebuie să fie clare și să acopere toate elementele obligatorii - consumuri cu resurse umane, utilaje, transporturi, cheltuieli indirecte și directe, profit ținut, etc. și să fie clar și justificat, inclusiv prin oferte ferme de preț pentru materiale de la furnizori.

Contestatoarea consideră că atât art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016, cât și art. 19 din Legea nr. 101/2016, îi conferă dreptul de a studia dosarul achiziției, cu respectarea legislației în vigoare. De asemenea, aceasta arată că intervenienta încearcă să justifice motivele pentru care documente din oferta sa ar fi confidențiale prin simpla prezentare a unor texte legale. Or, în opinia sa, normele juridice nu conferă *eo ipso* caracter confidențial înscrisurilor, ci acesta trebuie să fie obiectiv și motivat.

Ca urmare a punctului de vedere transmis de autoritatea contractantă COMUNA ..., SC ...SRL a transmis adresa nr. 242/01.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 16672/01.04.2021, prin care precizează următoarele:

- În ceea ce privește respectarea dispozițiilor art. 210 din Legea nr. 98/2016 și demonstrarea de către ofertantul declarat câștigător a fundamentării economice cu privire la propunerea sa financiară, COMUNA ...s-a limitat la a susține că a solicitat clarificări și că i s-au comunicat documente în acest sens.

- Este cert că aceste afirmații trebuie să fie sprijinite de înscrisuri elocvente, clare și care să se regăsească la dosarul achiziției, întrucât lipsa acestor documente reprezintă o încălcare gravă a normelor legale din materia achizițiilor publice. În plus, prețul final prezentat de ofertantul declarat câștigător trebuie să conțină toate elementele obligatorii pentru a se putea realiza o corelare evidentă cu elementele propunerii tehnice, iar aceasta nu se poate face decât prin furnizarea unor documente care să nu lase loc de interpretări.

- În opinia sa, raportat la cerințele documentației de atribuire, precum și la oferta financiară depusă, prețul ofertat de asocierea

declarată câștigătoare nu este justificat, iar contractul supus atribuirii nu poate fi îndeplinit în condițiile impuse de autoritatea contractantă.

- Petenta mai precizează că autoritatea contractantă nu i-a comunicat raportul procedurii, motivat de faptul că ar conține informații confidențiale, conduită apreciată ca fiind nelegală și în totală contradicție cu principiul transparenței.

- De asemenea, aceasta arată că autoritatea contractantă interpretează greșit textele legale incidente și se prevalează de art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, care nu are aplicabilitate la acest moment, pentru a-și justifica acțiunile nelegale. În temeiul acestui text legal, a cerut autorității contractante permisiunea de a studia dosarul achiziției, inclusiv informațiile din cadrul propunerilor tehnice și/sau la fundamentările/justificările de preț/cost care nu au fost declarate de către ofertanți ca fiind confidențiale.

Urmare a studierii dosarului, contestatoarea SC ...SRL a depus concluzii scrise, prin adresa nr. 260/05.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 17411/05.04.2021, învederând că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător are numeroase lipsuri, nu este corelată cu propunerea tehnică, iar prețul ofertat nu este justificat, fundamentat din punct de vedere economic, iar pe de altă parte, că autoritatea contractantă a realizat o analiză superficială și a procedat în mod nelegal, din mai multe perspective.

În conformitate cu punctul IV.4.2 Modul de prezentare al propunerii financiare din fișa de date *„Propunerea financiară va fi prezentată în lei conform Formularului de oferta financiară. Lipsa formularului de ofertă reprezintă lipsa ofertei, respectiv lipsa actului juridic de angajare în contract. La elaborarea propunerii financiare, ofertantul va lua în calcul eventualele deduceri dacă sunt sub efectul unei legi, toate cheltuielile pe care le implică îndeplinirea obligațiilor contractuale, precum și marja de profit. Ofertantul va include, în cadrul propunerii financiare, toate costurile legate de: proiectare, asistența tehnică a proiectantului pe parcursul lucrărilor și execuția categoriilor de lucrări prevăzute în listele de cantități, întocmirea instrucțiunilor de întreținere și exploatare - protejarea mediului, conform normelor legale, precum și cele legate de refacerea cadrului natural după finalizarea lucrărilor - procurarea, transportul, depozitarea și punerea în opera a materialelor și echipamentelor necesare funcționării obiectului contractului, conform cerințelor impuse prin caietul de sarcini.*

Propunerea financiară va conține, pe lângă formularul de ofertă, și centralizatorul cu lucrările executate de asociați, subcontractanți. Oferta va cuprinde toate elementele necesare cuantificării valorice a lucrărilor și va conține formularele prevăzute de Ordinului MDLPL nr. 863/2008: - centralizatorul cheltuielilor pe obiectiv - centralizatorul cheltuielilor pe categorii de lucrări, pe obiecte - devizele ofertă; lista cu cantități de utilaje și echipamente tehnologice - listele cu cantități de lucrări pentru construcții provizorii organizare de șantier...”

Așadar, asocierea declarată câștigătoare, ca de altfel toți ofertanții, avea obligația de a respecta integral documentația de atribuire, deci inclusiv modul de prezentare a propunerii financiare.

La art. 1 alin. (1) din Reglementarea tehnică - Normativ privind mixturile asfaltice executate la cald. Condiții tehnice de proiectare, preparare și punere în operă a mixturilor asfaltice, Indicativ AND 605-2016, se prevede: *„Prezentul normativ stabilește condițiile tehnice pe care trebuie să le îndeplinească mixturile asfaltice executate la cald în etapele de proiectare a acestora, controlul*

calității materialelor componente, prepararea, transportul, punerea în operă, precum și straturile rutiere executate din aceste mixturi.”

Astfel, ofertanții aveau obligația de a respecta toate condițiile tehnice impuse de acest normativ și, pe cale de consecință, să cuprindă în propunerea financiară toate costurile pentru obținerea mixturilor asfaltice.

În opinia sa, în propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător nu se regăsesc toate cheltuielile necesare în vederea obținerii mixturilor asfaltice, inclusiv cheltuielile cu apă industrială, cheltuielile cu combustibilul (motorina) etc. În ceea ce privește apa industrială, inclusiv în Formularul nr. 6 există rubrici referitoare la cotarea acestui element în cadrul propunerii financiare.

Prin urmare, petenta apreciază că ofertantul declarat câștigător nu este în măsură să își fundamenteze, să justifice economic prețul propus deoarece nu a respectat integral documentația de atribuire și nu a luat în considerare la formarea prețului toate cheltuielile necesare pentru obținerea mixturilor asfaltice (apa industrială, combustibilul - motorină etc).

La punctul VIII din caietul de sarcini - utilaje, echipamente, materiale, se precizează că *„Operatorilor economici li se solicită demonstrarea modului în care vor dispune la următoarele utilaje și/sau instalații/ și/sau echipamente tehnice pentru prestarea serviciilor/executarea lucrărilor de proiectare și execuție lucrări de asfaltare în comuna Dragomirești Vale, în cadrul contractului. Ofertantul trebuie să facă dovada că are în dotare sa sau că dispune pentru realizarea în bune condiții a contractului (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere) de cel puțin următoarele instalații/utilaje/echipamente specifice: reciclator, împrăștiator, cilindru compactor, autobetonieră, excavator, basculantă, semiremorcă, freză asfalt, încărcător frontal, buldoexcavator, compresor, cisterna emulsie bituminoasă, repartizor mixtură asfaltică, scanner topografic 3D – 1 buc.*

În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAE. Vor fi completate informații precum: denumirea și marca echipamentului, documentul prin care face dovada că ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător are în dotare sa sau dispune (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere) de echipamentul respectiv.

Operatorul economic clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, întocmit după finalizarea evoluării ofertelor, va prezenta, la solicitarea autorității contractante documente din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței.

Aceste documente vor fi prezentate și de către ofertantul asociat, în situația în care resursele acestuia au fost luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței.”

În raport de această cerință obligatorie, este evident că toți ofertanții aveau obligația de a demonstra că dețin, la data depunerii ofertei și la data evaluării, toate echipamentele și materialele menționate.

Contestatoarea subliniază că prețul ofertat de către ofertantul declarat câștigător nu este justificat și există numeroase deficiențe, lipsuri, din punct de vedere al ofertei financiare, astfel:

a) Oferta de preț de la Portrans nr. 44/12.02.2019 - nu are dată de valabilitate.

Astfel, oferta pentru materialele piatră spartă de carieră 0/63mm, balast 0/63 mm, nisip sortat 0/4 mm, nu este o ofertă fermă de preț, deci nu poate fi luată în considerare în realizarea prețului de material oferat în cadrul propunerii financiare.

Pe cale de consecință, propunerea financiară a ofertantului declarant câștigător nu conține un element extrem de important, deci prețul oferat nu este real, nu este justificat, fundamentat din punct de vedere economic.

b) Oferta de preț de la nr. 73/ 11.02.2019 - nu are dată de valabilitate.

Oferta pentru materialele piatră spartă de carieră 0/63mm, balast 0/63 mm, nisip 0/4 mm, nu poate fi luată în considerare în realizarea prețului de material oferat în cadrul propunerii financiare, întrucât nu se poate demonstra modul de formare a prețului pentru respectivele materiale.

c) Oferta de preț de la Sistem Construct 2007 SRL, pentru enzima tip EARTHZYME - este una sub condiție și nu o ofertă fermă.

În cadrul ofertei de preț există o mențiune clară din partea furnizorului, respectiv SC ... SRL punctează că deține agrement tehnic pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le va pune la dispoziția societății ... în momentul adjudecării licitației, iar vânzarea și asistența la aplicarea produselor se face doar prin încheiere de contracte ferme cu SC SRL.

În cuprinsul caietului de sarcini, la punctul 14, se precizează: *„Ofertanții vor prezenta documente justificative (agreement tehnice, certificate constatatoare, etc.) pentru soluțiile tehnice oferate”.*

Așadar, la data depunerii ofertelor, la construirea ofertei financiare și la justificarea acesteia din punct de vedere economic, ofertantul declarat câștigător nu deținea agrement tehnic pentru enzima pentru stabilizare și implicit nu avea clar procedeul de aplicare al acestui produs. Aceste două condiții reprezintă cerințe esențiale din cuprinsul caietului de sarcini, iar neîndeplinirea lor atrage descalificarea ofertantului declarant câștigător.

Consecința directă a neîndeplinirii acestor cerințe obligatorii este aceea că nu există o corelare cu propunerea financiară, deci prețul oferat este nejustificat.

d) Actul adițional nr. 45 la Contractul de furnizare nr. 6335/2014 - este un act semnat în anul 2014 și nu este datat, nu are o dată de valabilitate. În plus, informarea privind rabatul de performanță din data de 25.03.2019, este ulterioară datei limită de depunere a ofertelor - 13.03.2019 și nu conține niciun element de natură să justifice modul de formare a prețului pentru ofertantul declarant câștigător.

e) Contractul nr. 356/5.03.2019, pentru mașina de trasat benzi - este unul sub condiție și nu poate fi avut în vedere atunci când se analizează o justificare a prețului propus.

În cuprinsul contractului se precizează că intră în vigoare și își produce efectele numai în cazul adjudecării prezentei proceduri de către ..., ceea ce înseamnă că inclusiv la acest moment acest document nu are nicio relevanță în privința ofertei depuse de ofertantul declarant câștigător.

Mai departe, contestatoarea arată că toate aceste nereguli prezente în propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător se reflectă într-o necorelare cu propunerea sa tehnică. În mod corelativ, autoritatea contractantă nu a respectat dispozițiile imperative ale art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016, care precizează că *„comisia de evaluare are obligația de a respinge ofertele inacceptabile și neconforme”*.

De asemenea, prin raportare la documentele justificative transmise de ofertantul declarant câștigător, petenta apreciază incidente prevederile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016. Raportat la dispozițiile art. 136 din HG nr. 395/2016, era necesară solicitarea către ofertantul declarant câștigător a unor justificări însoțite de documente prin care să dovedească autorității contractante că dispune de toate resursele, inclusiv cele privind utilajele, care permit executarea contractului la parametrii calitativi și cantitativi stabiliți prin documentația de atribuire.

În opinia sa, clarificările privitoare la prețul propus de ofertantul declarat câștigător se impuneau și din perspectiva respectării principiilor prevăzute de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, în special principiul transparenței și principiul tratamentului egal.

Urmare studierii dosarului achiziției depus de autoritatea contractantă la Consiliu, intervenienta a înaintat adresa nr. 444/08.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 18352/09.04.2021, reprezentând concluzii scrise, prin care precizează următoarele:

1. Referitor la mențiunile contestatoarei din cuprinsul întâmpinării nr. 234/01.04.2021 cu privire la cererea de intervenție:

Contrar afirmațiilor contestatoarei, aceasta nu a motivat în niciun fel contestația formulată, ci a afirmat la nivel pur declarativ că prețul ofertat de societate ar fi unul pretins neobișnuit de scăzut și că este o ofertă neconformă. Nu se precizează în contestație de ce înscrisurile prezentate în justificarea prețului nu ar fi clare și acoperitoare și ce elemente concrete din ofertă au fost cotate insuficient. Inclusiv prin întâmpinare, contestatoarea face afirmații pur speculative, lipsite de fundament sau justificări.

Intervenienta apreciază că modul de acțiune al contestatoarei este unul abuziv, nefiind prezentat niciun mijloc de probă în susținerea pretensei neconformități a ofertei sale.

Totodată, aceasta subliniază că s-a opus perimterii accesului la documentele din oferta sa, apreciind că a justificat, în mod obiectiv și motivat, caracterul confidențial al acestora.

2. Referitor la mențiunile contestatoarei din cuprinsul concluziilor scrise nr. 260/05.04.2021:

2.1 Un prim aspect vizează faptul că, pe calea concluziilor scrise, contestația a formulat critici noi, ce nu se regăsesc în cuprinsul contestației. Fiind vorba de critici noi, intervenienta invocă excepția inadmisibilității acestora în considerarea prevederilor de la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016.

Nu există niciun temei legal pentru completarea cu motive a contestației în afara termenului stabilit de către legiuitor sau după studierea dosarului achiziției publice, sens în care art. 10 alin. lit f) din Legea 101/2016 obligă la includerea în contestație a motivării în fapt și în drept, iar nu la completarea acesteia ulterior, în raport de ceea ce speră să descopere contestația în urma consultării dosarului de achiziție sau prin supoziții.

Legea nr. 101/2016 oferă persoanelor vătămate un mijloc de a ataca deciziile care le prejudiciază, iar nu un mijloc de obținere de către acestea de informații de la dosarul achiziției publice cu ocazia soluționării cauzei. În concret, scopul pentru care a fost edictată de către legiuitor calea de atac a contestației nu este cel de a permite contestatorului să studieze diverse acte de la autoritatea contractantă sau să pretindă Consiliului să analizeze anumite acte pentru a stabili conformitatea acestora, ci de a reclama un act nelegal pentru motive de nelegalitate ce-i sunt cunoscute lui la momentul formulării contestației.

În atare context, aceasta solicită Consiliului respingerea ca inadmisibile a tuturor criticilor noi, suplimentare, formulate de către contestație prin concluziile scrise nr. 260/05.04.2021.

2.2 Pe fondul criticilor nou formulate de către contestație, intervenienta arată următoarele:

- Referitor la criticile contestatoarei cu privire la faptul că în propunerea financiară nu s-ar regăsi toate cheltuielile necesare în vederea obținerii mixturilor asfaltice, inclusiv cheltuielile cu apă industrială, cheltuielile cu combustibilul (motorina) etc, aceasta arată că, având în vedere că:

- este producător de mixtură asfaltică,
- nu i s-a cerut o structură anume de detaliere a prețului prin clarificările primite din partea autorității contractante cu privire la prețul oferit,
- nu există cerințe în documentația de atribuire cu privire la gradul de detaliere în justificarea prețului,
- prin răspunsul la clarificări a prezentat o analiză de preț ce cuprinde costul pe producție pe tonă de asfalt, analiza de preț este una acoperitoare, din aceasta rezultând prețul la materiale, consumurile de material și costul de producție. În categoria cost producție sunt incluse toate cheltuielile necesare pentru producția mixturii, inclusiv cheltuielile de care face vorbire contestația.

În opinia sa, a prezentat justificări complete cu privire la prețul oferat pentru mixtura asfaltică, prețul fiind unul competitiv și aliniat la prețurile din piață.

În ceea ce privește Formularul 6 din documentația de atribuire, la care face trimitere contestatoarea, acesta nu cuprinde rubrici referitoare la cotarea apei industriale, ci se referă la angajamentul privind susținerea tehnică și profesională a ofertantului.

Astfel, criticile contestatoarei cu privire la pretinsa nejustificare a prețului la mixturile asfaltice sunt nefondate și se impune respingerea acestora.

- Referitor la criticile contestatoarei cu privire la îndeplinirea cerințelor de la punctul VIII din caietul de sarcini - Utilaje, Echipamente, Materiale, aceasta arată că, în acord cu cerințele din documentația de atribuire a justificat că deține utilajele prin nominalizarea acestora în DUAЕ, prin documentele anexate la DUAЕ (prezentate la momentul depunerii ofertelor), dar și prin răspunsul la solicitarea de clarificări din 08.02.2021, prin care a justificat ceea ce s-a declarat în DUAЕ.

- Referitor la criticile contestatoarei cu privire la oferta de preț de la Portrans, intervenenta susține că este o ofertă fermă de preț, angajantă și personalizată pentru procedura de atribuire în discuție.

Prețul oferat pentru materialele piatră spartă, balast și nisip sortat are la bază o ofertă fermă de preț, însușită de furnizor, iar prețurile la materiale sunt aliniate la prețurile pieței.

În documentația de atribuire nu au existat cerințe cu privire la impunerea unei anumite perioade de valabilitate a ofertelor de la furnizori.

Pe de altă parte, intervenienta arată că ofertele de preț de la furnizori nu reprezintă elemente ale ofertei, ci documente justificative, emise de terți, care pot să nu conțină toate informațiile în forma dorită de autoritatea contractantă și care nu creează obligații față de aceasta, decât cele asumate direct de ofertantul în cauză. Prin urmare, ar fi legitimă solicitarea unor clarificări de justificare a prețurilor unitare oferate, inclusiv prin înaintarea ofertelor de preț de la furnizori, însă nu și impunerea unei anumite forme a ofertelor de la furnizori, cu atât mai mult cu cât o astfel de cerință nu se regăsește în documentația de atribuire.

În concluzie, intervenienta apreciază că afirmațiile contestatoarei cu privire la valabilitatea ofertei de preț de la furnizorul Portrans sunt nefondate.

- Referitor la criticile contestatoarei cu privire la oferta de preț de la ..., aceasta susține, de asemenea, că sunt nefondate pentru motivele dezvoltate anterior.

- În ceea ce privește la criticile contestatoarei cu privire la oferta de preț de la Sistem Construct 2007 - furnizorul de enzime, intervenienta arată că au mai existat critici cu privire la pretinsa neîndeplinire a

cerințelor referitoare la ofertarea produsului de stabilizare sol - Erthzyme, iar acestea au făcut deja obiectul dosarului CNSC nr. ..., soluționat prin Decizia nr. din 07.08.2019 prin care s-a admis contestația

CNSC a reținut deja prin decizia nr. 1331/2019 că s-a făcut dovada îndeplinirii cerințelor cu privire la ofertarea unei soluții enzimatică agrementată tehnic prin prezentarea unor documente comunicate de către S.C. ... S.R.L. (furnizorul de enzimă) către ...din care rezultă punerea la dispoziția sa a unei oferte de preț și a Acordului tehnic pentru materialul Earthzyme.

Orice critici la acest moment, sub acest aspect, beneficiază de putere de lucru judecat, sens în care solicită Consiliul ca în soluționarea contestației să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecății.

În ce privește criticile cu privire la deținerea unui acord tehnic pentru enzimă și implicit a unui procedeu de aplicare al acestui produs, aceasta arată că cerințele din documentația de atribuire vizează doar prezentarea acordurilor tehnice pentru materiale și nu și pentru procedeul de punere în operă.

Or, atâta timp cât nu a fost contestată documentația de atribuire, toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru ofertanți, cât și pentru comisia de evaluare.

Pe de altă parte, intervenienta susține că, chiar dacă nu a existat o cerință în acest sens în documentația de atribuire, societatea a făcut dovada angajamentului furnizorului de enzime de a-i pune la dispoziție acordului tehnic pentru procedeul de punere în operă. Mențiunile din oferta de preț fac nu doar dovada acordului furnizorului de a-i vinde produsul agrementat, dar și dovada faptului că furnizorul îi va pune la dispoziție acordul tehnic pentru procedeul de aplicare al acestui produs.

- Referitor la criticile contestatoarei cu privire la Actul adițional la Contractul de furnizare nr. 6335/2014, intervenienta precizează următoarele:

Actul adițional în discuție este datat și nu este un act semnat în 2014, ci în 2019, astfel cum rezultă clar din conținutul acestuia. Contractul cu furnizorul de filer vrac este unul care datează din anul 2014. Totodată, arată că la formarea prețului nu a luat în calcul discounturile precizate de furnizor în informarea cu privire la rabatul de performanță, ci prețurile fără discount de la furnizorul de filer vrac, cu care are o relație contractuală continuă încă din anul 2014.

Intervenienta mai precizează că, contrar celor afirmate de contestatoare, nu i s-a cerut să justifice modul de formare a prețului de către furnizor, ci modul de formare a prețului său, prin raportare la prețurile de la furnizori, sens în care a răspuns întocmai cerințelor din

documentația de atribuire și din solicitarea de clarificări primită pe marginea ofertei depuse.

- Referitor la criticile privind Contractul nr. 356/05.03.2017 pentru mașina de trasat benzi, intervenienta apreciază că afirmațiile contestatoarei potrivit cărora nu ar putea fi luat în calcul un contract de închiriere personalizat pentru procedura de atribuire în discuție, pe motiv că acesta este afectat de o condiție suspensivă sunt nefondate pentru următoarele considerente:

Documentația de atribuire nu impunea deținerea echipamentelor/utilajelor de către ofertanți la momentul ofertării.

Deși *mașina de trasat benzi* nu era printre utilajele menționate în fișa de date, în virtutea principiului proporționalității, dovada că dispune de acest utilaj se putea face în mod similar, și anume prin dovezi de deținere în proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere.

În cazul de față, societatea a prezentat un contract/convenție de închiriere afectat de o condiție suspensivă, care va lua naștere în mod valabil doar dacă condiția se îndeplinește, respectiv dacă asocierea ... va fi declarată câștigătoare a procedurii de atribuire. Documentul prin care a ales să justifice deținerea utilajului în discuție demonstrează în mod adecvat accesul la echipament.

Echipamentele trebuie să fie în dotarea operatorului economic la data intrării în vigoare a contractului de achiziție publică și nu la data depunerii ofertelor, cum interpretează în mod excesiv contestatoarea.

În interpretarea contestatoarei, ofertanții trebuie să depună contracte de vânzare-cumpărare sau de închiriere cu forță obligatorie pentru aceștia, chiar dacă nu vor fi câștigători ai licitației, respectiv chiar dacă ulterior participării la procedurii nu vor avea nevoie de utilaje (în lipsa încheierii contractului cu autoritatea contractantă). O astfel de interpretare nu poate fi primită, în condițiile în care ar implica antamarea de către ofertanți a unor costuri cu închirierea/cumpărarea unor utilaje doar pentru a participa la o procedură de atribuire, la finalizarea căreia este posibil să nu fie declarați câștigători și să nu aibă nevoie de utilajele închiriate/achiziționate. În opinia intervenientei, un astfel de raționament ar fi restrictiv și ar permite participarea la proceduri de atribuire doar a ofertanților care-și permit să facă astfel de investiții.

În concluzie, aceasta apreciază criticile contestatoarei ca fiind nefondate, oferta sa fiind întocmită în conformitate cu documentația de atribuire, iar prețul ofertat și consumurile proprii au fost justificate și fundamentate în mod clar prin răspunsurile la clarificările pe aceste subiecte, ținând cont, totodată, de cerințele din documentația de atribuire. Autoritatea contractantă a transmis un număr de trei solicitări de clarificări pe subiectul justificării prețului ofertat și toate justificările prezentate în răspuns au fost însoțite și de documente doveditoare, asocierea ... fiind în măsură să execute contractul la parametrii cantitativi și calitativi prevăzuți în documentația de atribuire.

De asemenea, aceasta învederează Consiliului că și contestatoarea a primit clarificări în sensul justificării prețului ofertat, clarificări care au același conținut cu cele primite de asocieria Cu toate acestea, cu încălcarea principiului tratamentului egal și al nediscriminării, principii reclamate de contestatoare, aceasta pretinde că evaluarea ofertei să fie făcută după alte criterii decât cele avute în vedere de autoritatea contractantă la evaluarea tuturor ofertanților.

Urmare concluziilor scrise depuse de intervenientă, SC ...SRL a transmis adresa nr. 277/09.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 18607/09.04.2021, prin care precizează următoarele:

- În cadrul contestației a făcut toate mențiunile obligatorii prevăzute art. 10 din Legea nr. 101/2016 și a arătat care sunt motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază demersul legal.

Potrivit art. 23 alin. (3) din Legea nr. 101/2016 *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia.”*

Astfel, petenta susține că, prin intermediul concluziilor scrise a dezvoltat criticile deja cuprinse în contestație, inclusiv critica referitoare la lipsa unei justificări, fundamentări, a prețului ofertat de către intervenientă, exemplificând poziția sa prin referire la documente aflate la dosarul cauzei.

Mai mult, apreciază că poziția intervenientei constituie o lipsire de aplicabilitate a instituției concluziilor scrise, iar dacă s-ar accepta o astfel de interpretare s-ar afla în imposibilitatea exercitării unui drept conferit de lege, respectiv art. 21 alin. (2) din Legea nr. 101/2016.

În ceea ce privește ofertele de preț la care a făcut referire în cadrul concluziilor scrise - oferta de preț de la Portrans nr. 44/12.02.2019, oferta de preț de la ... nr. 73/11.02.2019 și oferta de preț de la ... SRL, petenta apreciază că însăși intervenienta confirmă că acestea nu erau valabile/în vigoare la data evaluării ofertei sau la data justificării prețului. De asemenea, în ceea ce privește contractul nr. 356/5.03.2019, intervenienta confirmă, din nou, că acest document nu este în vigoare și, pe cale de consecință, nu are nicio valoare probatorie.

Contestatoarea mai precizează că autoritatea contractantă a reținut că prețul propus de ofertantul declarat câștigător este unul neobișnuit de scăzut și a decis să solicite acestuia justificarea ofertei financiare. Prin urmare, câtă vreme intervenienta a depus documente justificative care nu puteau fi luate în considerare și nu a făcut dovada faptului că prețul ofertat este unul fundamentat economic, este evident că evaluarea ofertei depuse de asocieria declarată câștigătoare s-a făcut cu încălcarea prevederilor legale.

Urmare notelor scrise nr. 277/09.04.2021, depuse de SC ...SRL, SC ...SRL a înaintat notele scrise nr. 479/16.04.2021, înregistrate la Consiliu cu nr. 19889/16.04.2021, prin care precizează că își menține criticile cu

privire la respingerea ca inadmisibile a tuturor criticilor noi, suplimentare, formulate de către contestatoare prin Concluziile scrise nr. 260/05.04.2021.

Contestatoarea nu a motivat contestația formulată, iar pe calea concluziilor scrise a invocat critici care nu se regăseau în niciun fel în cuprinsul contestației formulate. Astfel, nu se poate vorbi de o dezvoltare a criticilor din contestație din moment ce în contestație nu sunt invocate motive concrete de pretinsă neconformitate a ofertei, ci doar afirmații speculative și generaliste de tipul „preț neobișnuit de scăzut (nejustificat)”.

De asemenea, intervenienta reiterează faptul că ofertele prezentate în justificarea prețurilor ofertate sunt conforme, legale, angajante și personalizate pentru procedura de atribuire în discuție, sens în care acestea fac dovada deplină a prețurilor ofertate.

Afirmațiile contestatoarei cum că acestea nu ar fi valabile sau în vigoare la data evaluării ofertei sau la data justificării prețului exced prevederilor legale și documentației de atribuire. Elaborarea ofertelor s-a făcut înainte de data stabilită pentru depunerea acestora, iar evaluarea acestora se realizează prin verificarea îndeplinirii cerințelor explicite din documentația de atribuire.

În cazul în care autoritatea ar fi dorit ca ofertanții să prezinte contracte/oferte de preț de la furnizorii de materiale cu o anumită perioadă de valabilitate, ar fi trebuit să menționeze acest aspect în cadrul documentației de atribuire, conform dispozițiilor art. 20 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

În condițiile în care conform fișei de date, cap. II.3 Ajustarea prețului contractului, ajustarea prețului contractului nu este permisă, riscul oricărei modificări de prețuri unitare din cadrul ofertei, pe toată durata de execuție a contractului revine ofertantului câștigător. Acesta la momentul depunerii ofertei, în baza experienței sale comerciale, trebuie să cuantifice acest risc și să depună o ofertă fermă, știind că orice modificare a prețurilor unitare ale ofertei (în sens pozitiv sau negativ) trebuie asumată de către companie.

Intervenienta susține că prețurile ofertate sunt acoperitoare față de o eventuală creștere a prețurilor în perioada de evaluare/ execuție a lucrărilor. La momentul elaborării ofertei au fost luate în calcul posibile escaladări ale prețurilor, iar prețurile ofertate se încadrează în prețurile actuale din piața materialelor de construcție. Susținerea prețurilor unitare ofertate, care sunt neajustabile, va fi în sarcina ofertantului, și nu în sarcina furnizorilor.

Astfel, nu există niciun motiv pentru care s-ar pune la îndoiala justificarea prețurilor ofertate.

De asemenea, intervenienta învederează că nu a susținut, în concluziile scrise anterioare, că înscrisurile ce se depun în fundamentarea economică a prețului nu prezintă importanță, ci faptul că

în privința acestor înscrisuri (oferte, contracte cu furnizori etc.) nu au existat cerințe în documentația de atribuire cu privire la forma, conținutul sau valabilitatea acestora și că ofertele de preț de la furnizori nu reprezintă elemente ale ofertei, ci documente justificative, emise de terți, care pot să nu conțină toate informațiile în forma dorită de autoritatea contractantă și care nu creează obligații față de aceasta, decât cele asumate direct de ofertantul în cauză.

Prin urmare, ar fi legitimă solicitarea unor clarificări de justificare a prețurilor unitare ofertate, inclusiv prin înaintarea ofertelor de preț de la furnizori, însă nu și impunerea unei anumite forme a ofertelor de la furnizori sau condiții de valabilitate, cu atât mai mult cu cât o astfel de cerință nu se regăsește în documentația de atribuire.

În acest sens, intervenienta invocă decizia CNSC nr. 1213/C4/1185 din 16.07.2020, prin care s-a admis contestația ...formulată împotriva solicitării de clarificări primită de la UAT ...de a prezenta oferte de preț de la furnizori cu valabilitate la data evaluării ofertei/justificării prețului. Prin această decizie, Consiliul a reținut că solicitarea de prezentare a unor oferte cu valabilitate la data evaluării/solicitării de clarificări este „excesivă, abuzivă și formulată cu încălcarea prevederilor propriei documentații de atribuire, dar și a principiilor transparenței și al proporționalității în evaluarea ofertelor”.

S-a mai reținut, totodată, că „Pe lângă faptul că documentația de atribuire nu a stabilit în sarcina ofertanților prezentarea unor oferte de preț sau documente asumate de furnizorii declarați de ofertantul contestator prin semnătură și ștampilă, cu o anumită valabilitate, în cadrul procedurii de atribuire este nejustificată o solicitare de a se prezenta documente în acest moment din care să reiasă în mod clar prețul pentru principalele materiale și documente care să confirme disponibilitatea/posibilitatea furnizării principalelor materiale de către furnizorii declarați (...). Elaborarea ofertelor a fost făcută înainte de data stabilită pentru depunerea acestora, iar evaluarea lor trebuie să se raporteze exclusiv la prevederile documentației de atribuire în baza cărora au fost elaborate, în conformitate cu dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora "Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...).

(...) Ca relevante vor fi reținute, de asemenea, și argumentele contestatoarei potrivit cărora nu există nicio obligație legală pentru executant de a achiziționa materialele de la furnizorul a cărui ofertă de preț a fost prezentată pentru a justifica prețul ofertat la data elaborării ofertei”.

Astfel, contrar afirmațiilor contestatoarei, intervenienta consideră că a justificat prețul ofertat, inclusiv prin prezentarea de documente justificative, documente ce respectă prevederile legale și documentația de atribuire.

II. Prin cea de a doua contestație nr. 401/08.03.2021, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 11293/08.03.2021 SC ...SRL, în calitate de operator economic participant la procedură, critică decizia autorității contractante de a desemna câștigătoare oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, respectiv admisibilă oferta Asocierii ...SRL - ...SRL, solicitând cele menționate în partea introductivă a deciziei.

În fapt, autoritatea contractantă i-a comunicat petentei că oferta Asocierii ... a fost declarată admisibilă, dar necâștigătoare, clasându-se pe locul III, cu 79,70 puncte, pe locul II clasându-se Asocierea ..., iar oferta desemnată câștigătoare a fost cea depusă de Asocierea

Astfel, petenta apreciază ca fiind netemeinică și nelegală decizia autorității contractante privind admisibilitatea ofertelor clasate pe locurile 1 și 2, fiind emisă cu încălcarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire, dar și cu încălcarea principiului tratamentului egal, sens în care înțelege să arate punctual motivele de fapt și de drept pentru care se impune anularea actelor contestate și reluarea procedurii de atribuire de la etapa verificării admisibilității ofertelor Asocierii ... și Asocierii EUROPLUS.

Preliminar, trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul de contract, nu a fost contestată de niciun operator economic, drept pentru care toate prevederile ei și-au consolidat forța obligatorie atât pentru operatorii economici participanți la procedura de atribuire, cât și pentru autoritatea contractantă, acestea fiind în sensul prevederilor art. 75 din Legea nr. 98/2016, coroborate cu cele ale art. 123 din anexa la HG nr. 395/2016.

Într-o astfel de situație, pentru a face dovada admisibilității ofertei lor, fiecare dintre participanții la procedura de atribuire avea obligația de a prezenta înscrisuri prin care să facă dovada îndeplinirii cerințelor minime ale documentației de atribuire, iar autoritatea contractantă, în aplicarea dispozițiilor art. 127 alin. (1) din anexa HG nr. 395/2016, avea obligația să verifice și să se asigure că ofertanții declarați câștigători nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere statuate în Legea nr. 98/2016.

Astfel, potrivit prevederilor de la pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției:

„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini. (...)

Ofertanții vor prezenta documente justificative (agremele tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru soluțiile tehnice oferite”.

În același sens, prin documentația de atribuire, respectiv memoriul tehnic, profilele transversale și răspunsul consolidat la solicitările de clarificare, autoritatea contractantă a instituit în sarcina viitorilor

ofertanți obligația ca, la întocmirea propunerii tehnice, să aibă în vedere că structura sistemului rutier trebuie să fie prevăzută cu un strat din pământ stabilizat cu soluții enzimaticice.

Or, pentru realizarea sistemului rutier cu un strat din pământ stabilizat cu soluții enzimaticice, cu luarea în considerare a cerinței autorității de prezentare a documentelor justificative pentru soluțiile tehnice oferite, fiecare dintre participanții la procedura trebuie să depună în cadrul propunerii tehnice:

- Documente justificative privind acordarea soluției enzimaticice;
- Documente justificative privitoare la acordarea procedurii pentru executarea stabilizării solului cu soluție enzimatică.

În acest sens, contestația invocă prevederile art. 12 alin. (1) și (2) și ale art. 25 lit. f) din Legea nr. 10/1995 privind calitatea în construcții, republicată, precum și prevederile art. 2 alin. (1) și art. 3 alin. (4) și (5) din Regulamentul privind acordul tehnic în construcții.

În lumina prevederilor legale, petenta apreciază că trebuie făcută distincția între acordul tehnic pentru un material care se obține de la producătorul/furnizorul care pune la dispoziția executantului respectivul material și acordul tehnic pentru procedeul de punere în operă a materialului, caz în care, executantul care intenționează să-l utilizeze, trebuie să dețină respectivul acord sau, în caz contrar, să subcontracteze activitatea aferentă punerii în operă a respectivului material.

Aceasta deoarece, emiterea unui acord tehnic pentru un procedeu de către un organism abilitat în conformitate cu legislația în vigoare necesită o procedură destul de complexă și de îndelungată, procedura de obținere include mai multe etape și se bazează pe lucrări experimentale care se pot executa de către solicitantul acordului numai în baza unui aviz tehnic de experimentare care precizează obiectivele urmărite în cadrul experimentării, condițiile de remediere a eventualelor neconformități apărute în timpul execuției și modul de utilizare a lucrării după perioada de experimentare.

În același sens, procedura pentru obținerea acordului tehnic presupune încercări, teste vizavi de aptitudinea de utilizare, punerea în operă, condiții privind asigurarea calității, durabilitatea și durata de viață a produsului obținut în urma procedurii.

Or, condiția deținerii acordului tehnic pentru procedeul realizării stratului din pământ stabilizat cu soluții enzimaticice nu este îndeplinită de niciunul dintre ofertanții clasati pe locurile 1 și 2 în cadrul procedurii de atribuire.

1) Asocieria ... nu deține acord pentru punerea în operă a produsului enzimatic:

Astfel, potrivit înscrisurilor depuse de Asocieria ..., pentru a face dovada admisibilității ofertei din perspectiva acordurilor pentru soluțiile tehnice oferite, aceasta a prezentat doar Acordul tehnic

004 -07/1484-2016 - PRODUS PENTRU STABILIZAREA SOLULUI - EARTHZYME, fără a depune documente justificative care, în conformitate cu prevederile Legii nr. 10/1995, să arate că ofertantul desemnat câștigător este titularul unui agreement pentru punerea în operă a produsului enzimatic.

De altfel, în ceea ce privește deținerea agreementului tehnic pentru procedeul de punere în operă a soluției enzimatice, conform site-ul oficial CTCP <https://ctpc.ro/agremente.html>, niciunul dintre membri asocierii ... nu figurează ca fiind posesor al unui agreement de punere în operă a soluției enzimatice, situație care face ca ofertantul să nu aibă capacitatea de a derula, legal, lucrările care fac obiectul contractului.

Mai mult, petenta arată că, potrivit adresei ... nr. 2142 din 17.07.2019, singurul agreement tehnic pentru punerea în operă a produsului enzimatic EARTHZYME este cel cu numărul 004-07/1525-2017 - Procedeu pentru executarea stabilizării solului cu soluție enzimatică - EARTHZYME, deținut de către ..., subcontractant declarat al societății, depus în propunerea tehnică și în forma legalizată/autentificată la solicitările de clarificări ale comisiei de evaluare, fiind prezentate documente justificative pentru soluțiile tehnice oferite de către asociera EM PRIME.

Cum asociera ... nu deține agreement tehnic pentru punerea în operă a produsului enzimatic EARTHZYME, în mod eronat autoritatea contractantă a reținut că ofertantul desemnat câștigător a îndeplinit cerințele minime ale documentației de atribuire, în condițiile în care operatorul economic nu poate executa, legal, lucrările aferente contractului de achiziție publică.

În opinia petentei, în contextul în care Asociera ... cunoștea încă de la momentul depunerii ofertei că nu dispune de agreement tehnic pentru punerea în operă a produsului enzimatic EARTHZYME necesară executării lucrărilor, avea obligația fie de a coopta alți operatori economici care dețin această autorizație, fie de a subcontracta partea din contractul de achiziției către operatorii economici care dețin agreementul în discuție.

Totodată, aceasta învederează că, în practica instanțelor de judecată și a Consiliului s-a reținut, cu valoare de principiu că, în situația în care pentru a putea desfășura activitățile care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit este necesară deținerea unor autorizații/certificări/atestări specifice ofertantul, personal sau prin subcontractanți declarați, trebuie să dispună de acele autorizații/certificări/atestări specifice încă din etapa de atribuire a contractului. Fiind în prezența unei cerințe legale cunoscută de ofertanți încă de la momentul depunerii ofertelor, explicitată inclusiv de autoritatea contractantă în cuprinsul documentației de atribuire, aceștia au obligația de a se prezenta la procedura de atribuire într-o formă de

organizare de natură să confirme că au capacitatea legală de a realiza activitățile care fac obiectul contractului.

Raportat la prevederile art. 3 alin. (1) lit. jj) din Legea nr. 98/2016, operatorul economic este definit ca fiind: *„orice persoană fizică sau juridică, de drept public ori de drept privat, sau grup ori asociere de astfel de persoane, care oferă în mod licit pe piață executarea de lucrări și/sau a unei construcții, furnizarea de produse ori prestarea de servicii inclusiv orice asociere temporară formată între două ori mai multe dintre aceste entități”*, pentru a participa la o procedură de atribuire un operator economic trebuie să aibă dreptul legal de a livra, presta sau executa produsele, serviciile sau lucrările ce fac obiectul contractului de achiziție ce urmează a fi atribuit, modalitățile de a demonstra acest drept fiind în nume propriu, prin asociere sau prin subcontractare.

Or, cum Asocieria ... nu a făcut dovada că deține capacitatea legală de a executa lucrările care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, în mod eronat comisia de evaluare a declarat oferta admisibilă, în condițiile în care avea obligația de a face aplicabilitatea art. 137 alin. (3) lit. a) din anexa la HG nr. 395/2016 și să respingă oferta ca neconformă.

2) Asocieria ... nu deține agreement pentru punerea în operă a produsului enzimatic:

Petenta arată că aceeași este situația și în ceea ce privește oferta Asocierii EUROPLUS, ofertant clasat pe locul 2 care, pentru a face dovada îndeplinirii cerinței de la pct. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, subpunctul 14, a depus Agreementul tehnic 004-07/1492-2016 - Produs chimic pentru stabilizarea drumurilor de pământ PERMA - ZYME 11X, agreement care aparține furnizorului ... SRL.

Cu toate acestea, la o simplă verificare a site-ului oficial CTCP <https://ctpc.ro/agremente.html> se poate constata că niciunul dintre membri Asocierii ...nu figurează ca fiind posesoarea unui agreement de punere în operă a soluției enzimatice, situație care face ca ofertantul clasat pe locul 2 să nu aibă capacitatea de a derula, legal, lucrările care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit.

Așadar, similar celor arătate în ceea ce privește oferta Asocierii ..., cum ofertantul clasat pe locul 2 cunoștea încă de la momentul depunerii ofertelor că nu are capacitatea legală de a executa lucrările aferente viitorului contract care urmează a fi atribuit, avea obligația de a coopta în cadrul asocierii un operator economic deținător al unui agreement pentru punerea în operă a soluției enzimatice sau să subcontracteze această activitate unui operator agreementat.

În concluzie, petenta apreciază că, în mod eronat, comisia de evaluare a considerat ca fiind admisibile ofertele clasate pe locurile 1 și 2, stabilind rezultatul procedurii de atribuire cu încălcarea principiului tratamentului egal potrivit cu care toți participanții la o procedură de

atribuire să beneficieze de aplicarea aceluiași condiții impuse de autoritate, astfel încât să se garanteze că este înlăturat orice risc de favoritism și de arbitrar din partea autorității.

Autoritatea contractantă a transmis punctul său de vedere nr. 3244/15.03.2021, înregistrat la Consiliu cu nr. 12768/15.03.2021, prin care solicită respingerea contestației ca neîntemeiată, pentru următoarele motive:

Contrar celor susținute de contestatoare, oferta depusă de către ofertantul declarat câștigător este admisibilă și conformă.

Prin fișa de date achiziției, pct. IV 4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice s-a solicitat: *„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în caietul de sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini (...). Ofertanții vor prezenta documente justificative (agreement tehnice, certificate constatatoare etc) pentru soluțiile tehnice oferite în conformitate cu cerințele documentației de atribuire”.*

Asocierea ...SRL & ...SRL a prezentat în cadrul ofertei tehnice pentru soluția de stabilizare a solului cu enzime Agreement Tehnic 004-07/1579-2018 privind produsul pentru stabilizarea solului – Earthzyme, producător ..., elaborat de Institutul de Cercetări în Transporturi S.C. ... S.A., precum și o ofertă de preț de la titularul agreementului S.C. ..., declarat ca fiind furnizor, îndeplinind întocmai cerința din fișa de date a achiziției.

Autoritatea contractantă menționează că nicăieri în cuprinsul documentației de atribuire nu s-a solicitat ca ofertanții să fie titularii agreementelor pentru soluțiile tehnice oferite, o astfel de cerință reprezentând o măsură restrictivă. Ofertantul declarat câștigător s-a conformat cerințelor documentației de atribuire și a prezentat agreementul pentru produsul utilizat în soluția tehnică oferită, declarând ca furnizor societatea care produce respectivul produs și care este titularul agreementului în discuție. Conform prevederilor legale nu este necesară prezentarea unui agreement și pentru utilizarea respectivului produs.

Astfel, potrivit art. 21 lit. a) din Regulamentul privind agreementul tehnic pentru produse, procedee și echipamente noi în construcții, aprobat prin HG nr. 750/2017, titularii agreementelor tehnice au printre obligații și pe aceea de a furniza proiectanților, executanților, distribuitorilor, utilizatorilor, verificatorilor de proiecte atestați și experților tehnici atestați, la solicitarea acestora, o copie a agreementului tehnic în construcții însoțit de avizul tehnic în valabilitate și a declarației de conformitate întocmite de producător pentru produsul pentru construcții respectiv, fie letric, fie prin mijloace electronice.

Din modul în care este formulat acest text normativ, rezultă că executantul unei lucrări nu este obligat să dețină un agreement tehnic

pentru utilizarea unui produs, fiind suficient acordul tehnic aferent produsului respectiv. Chiar și în ipoteza în care s-ar aprecia că este necesară deținerea unui acord tehnic pentru utilizarea respectivului produs de stabilizare a solului, în cuprinsul documentației de atribuire nu există o cerință expresă în acest sens, astfel încât ofertantul clasat pe primul loc nu poate fi sancționat pentru nedepunerea unui document ce nu este indicat expres în cuprinsul documentației.

În ceea ce privește critica referitoare la oferta Asocierii Europlus, autoritatea contractantă arată că, la fel ca și în cazul ofertei depuse de Asocieria ...SRL & ...SRL, și oferta depusă de către ofertantul clasat pe locul 2 este admisibilă și conformă, pentru aceleași motive ca cele expuse anterior.

Astfel, Asocieria ...- ..., în acord cu cerințele de la pct IV 4.1 din fișa de date a achiziției, a prezentat, în cadrul ofertei tehnice, Acordul tehnic 004-07/1492-2016 - pentru produsul de stabilizare a solului PERMA-ZYME 11X, acord deținut de ... SRL, însoțit de oferta de preț de la titularul acordului, ... SRL fiind declarat furnizor al enzimei de stabilizare a solului ... 11X.

Interesul autorității contractante, exprimat prin cerințele din documentația de atribuire, vizează ca ofertanții să facă dovada că soluția enzimatică oferită este acordată tehnic, aspect dovedit prin documentele justificative depuse, respectiv acordurile tehnice menționate anterior, prezentate de Asocieria ...SRL & ...SRL și de Asocieria, în cadrul ofertelor tehnice.

Autoritatea contractantă precizează că, în sensul celor de mai sus, s-a pronunțat și CNSC prin decizia nr. 1331/2019.

În drept, aceasta invocă prevederile art. 75, art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016, art. 137 alin. (3) lit. a) și art. 123 din Normele metodologice aprobate prin HG nr. 395/2016, precum și ale art. 207 alin. (1) din Legea nr. 98/2016.

Prin cererea de intervenție nr. 357/18.03.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 13759/19.03.2021, SC ...SRL a solicitat:

- *în principal, admiterea în principiu a cererii de intervenție în interes propriu (principală), prin care solicită:*

- *încuviințarea în principiu a cererii de intervenție formulată în temeiul art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016 și art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă;*

- *respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;*

- *menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.*

- *în subsidiar, în cazul respingerii cererii de intervenție principală, solicită admiterea în principiu a cererii de intervenție voluntară accesorie, prin care înțelege să sprijine apărările autorității contractante.*

- *respingerea contestației formulată de S.C. ...S.R.L., ca neîntemeiată;*

- *menținerea tuturor actelor întocmite în cadrul procedurii de către autoritatea contractantă, ca temeinice și legale, și pe cale de consecință dispunerea continuării procedurii de atribuire prin semnarea contractului de achiziție publică cu ofertantul câștigător.*

a) Referitor la capătul de cerere principal - cererea de intervenție principală:

Intervenienta justifică interesului și condițiile de admitere a acestei cereri raportat la prevederile art. 61 alin. (1) și (2) și art. 62 din Codul de procedură civilă și ale art. 17 alin. (3) din Legea 101/2016, apreciind că interesul societății de a interveni în cadrul contestației formulate de către S.C. ...S.R.L. rezidă în:

- Calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire, în vederea apărării intereselor proprii și pentru a preveni compromiterea acestora;

- Posibilitatea modificării clasamentului ofertanților prin pierderea beneficiului câștigat de către societate, având în vedere că se contestă raportul procedurii de atribuire/rezultatul procedurii;

- Respectarea dreptului la apărare și la un proces echitabil prin oferirea posibilității formulării unor apărări corespunzătoare de natură a dovedi lipsa de temeinicie și fundament a criticilor contestatoarei cu privire la legalitatea rezultatului procedurii de atribuire.

Dreptul de a interveni în cadrul procedurii de soluționare a contestației și în cadrul unor eventuale căi de atac rezidă în calitatea de ofertant declarat câștigător, având drept scop introducerea sa în cauză pentru a asigura apărarea interesului său legitim în ceea ce privește legalitatea rezultatului procedurii de atribuire și implicit a deciziei de atribuire a contractului în favoarea sa.

În considerarea celor mai sus enunțate, care se referă în mod expres la dreptul ofertantului câștigător de a formula apărări în vederea prezervării dreptului de a încheia contractul cu autoritatea contractantă, rezultă că acest drept se naște de la momentul primirii rezultatului procedurii și poate fi exercitat de către acesta în etapa soluționării litigiului în fața CNSC, interesul ofertantului de a interveni în cadrul procedurii de soluționare a contestației rezidă în calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire.

b) Referitor la capătul de cerere subsidiar - cererea de intervenție accesorie:

Intervenienta justifică interesului și condițiile de admitere a acestei cereri raportat la art. 61 alin. (1) și (3) și art. 63 din Codul de procedură civilă:

- Interesul său în promovarea cererii de intervenție accesorie în sprijinul apărărilor formulate în dosar de către autoritatea contractantă rezidă în faptul că deține calitatea de ofertant declarat câștigător în cadrul procedurii de atribuire.

- Interesul în sprijinirea apărărilor formulate de către autoritatea contractantă rezidă în faptul că prin pronunțarea unei hotărâri favorabile autorității contractante obține la rândul său satisfacerea folosului propriu constând în continuarea procedurii prin semnarea contractului de achiziție.

c) Referitor la criticile formulate de către contestatoare în susținerea admiterii contestației sale:

- În primul rând, intervenienta invocă excepția tardivității formulării contestației, având în vedere prevederile art. 8 alin. (1) din Legea 101/2016.

- De asemenea, în măsura în care contestatoarea nu a făcut dovada constituirii cauțiunii, în acord cu prevederile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016, aceasta solicită respingerea contestației.

Pe fondul contestației, intervenienta apreciază că ofertantul contestator emite simple speculații conjuncturale cu privire la pretinsa neconformitate a ofertei ... și schimbă sensul și limitele cerințelor din documentația de atribuire și din legislația aferentă.

Prin acest mecanism contestatoarea își exercită abuziv dreptul de a formula contestație și refuză să accepte faptul că participarea concurențială în cadrul unei proceduri de atribuire presupune atât stabilirea unei oferte câștigătoare, cât și declararea altor oferte ca necâștigătoare.

- În primul rând, intervenienta subliniază că respectivele critici cu privire la pretinsa neîndeplinire a cerințelor referitoare la ofertarea produsului de stabilizare sol - Erthzyme au făcut deja obiectul dosarului CNSC nr. ..., soluționat prin Decizia nr. ... din 07.08.2019 prin care s-a admis contestația Consiliul a reținut deja că s-a făcut dovada îndeplinirii cerințelor cu privire la ofertarea unei soluții enzimactice agrementată tehnic prin prezentarea unor documente comunicate de către S.C. ... S.R.L. (furnizorul de enzimă) către ...din care rezultă punerea la dispoziție a unei oferte de preț și a Agrementului tehnic pentru materialul Earthzyme.

Or, având în vedere că, în dosarul menționat, contestatoarea a avut calitatea de intervenient, ... invocă excepția autorității de lucru judecat și solicită respingerea contestației

Decizia CNSC, mai sus menționată, tranșează în mod definitiv aspectele invocate în prezent de către contestatoare, aceste critici deja tranșate se bucură de putere/autoritate de lucru judecat care are la bază principiul conform caruia *„hotărârea este prezumată a exprima adevărul și nu trebuie contrazisă de o altă hotărâre (res judicata pro veritate habetur)”*. Principiul autorității de lucru judecat impune ca drepturile

recunoscute unei părți sau constatările făcute printr-o hotărâre definitivă să nu fie contrazise printr-o altă hotărâre ulterioară, dată într-un alt proces. În virtutea acestui principiu, autoritatea contractantă nu mai poate relua în prezent aspecte de pretinsă neconformitate cu privire la care s-a pronunțat în mod definitiv CNSC, acestea bucurându-se de autoritate de lucru judecat.

În măsura în care societatea ...nu ar fi fost de acord cu Decizia nr. 1331/C4/932,1292 din 07.08.2019 sau ar fi avut nelămuriri cu privire la soluția Consiliului, ar fi avut posibilitatea de a formula plângere la instanță conform art. 29 din Legea 101/2016, nu să reia această critică ulterior devenirii irevocabile a deciziei și după reevaluarea ofertelor conform celor supuse atenției de către CNSC.

- Pe fond, criticile contestatoarei sunt apreciate de intervenientă ca fiind neîntemeiate, pentru următoarele motive:

Nu a existat nicio cerință în documentația de atribuire în sensul prezentării de către ofertanți a acordurilor tehnice pentru procedeul de punere în operă a soluțiilor enzimice, ci doar de a prezenta acorduri tehnice pentru materiale.

Potrivit cerințelor din fișa de date cu privire la modul de prezentare a propunerii tehnice:

IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice (...)

Propunerea tehnică va conține:

1. Declarație privind furnizorii materialelor principale care trebuie puse în operă.

14. Ofertanții vor prezenta documente justificative (acorduri tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru soluțiile tehnice oferite.

Cerința a făcut obiectul unor clarificări, după cum urmează:

Ținând seama de caracterul convențional al investiției, lucrări comune de infrastructură rutieră locală, de importanță redusă, având în vedere că toate lucrările trebuie să fie propuse și realizate cu respectarea normelor, standardelor în vigoare, iar aceste norme prevăd prescripții explicite pentru toate lucrările propuse în caietul de sarcini vă rugăm să precizați ce anume documente justificative și pentru care soluții tehnice impune deja de DALI partea a caietului de sarcini se solicită la punctul 14 de la modul de prezentare a ofertei tehnice.

Se vor prezenta documente justificative (acorduri tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru principalele materiale ce vor fi utilizate (mixture asfaltice, emulsii, betoane, soluții de stabilizare) cu respectarea soluțiilor tehnice prevăzute în documentația de atribuire.

Astfel, cerințele din documentația de atribuire vizează doar prezentarea acordurilor tehnice pentru materiale și nu și pentru procedeul de punere în operă.

Pe de altă parte, intervenienta susține că, chiar dacă nu a existat o cerință în acest sens în documentația de atribuire, societatea a făcut oricum dovada angajamentului furnizorului de enzime de a îi pune la dispoziție acordul tehnic pentru procedeul de punere în operă. Faptul că furnizorul de enzime s-a angajat să livreze enzima și

documentele suport, inclusiv procedeul de punere în operă, rezultă din mențiunile din oferta de preț transmisă de furnizor către ...(nr. 12/14.02.2019), personalizată pentru aceasta procedură.

În oferta de preț, furnizorul a precizat în mod clar *„Menționăm că societatea noastră deține acorduri tehnice pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le punem la dispoziția societății dvs. în momentul adjudecării licitației”*. Mențiunile din oferta de preț fac nu doar dovada acordului furnizorului de a vinde produsul agrementat, dar și dovada faptului că furnizorul îi va pune la dispoziție acordul tehnic pentru procedeul de aplicare al acestui produs.

Totodată, aceasta arată că nici din documentația de atribuire și nici din legislația incidentă nu rezultă cele insinuate de către contestatoare, respectiv că doar titularii de acorduri de punere în operă pot realiza activitatea de punere în operă a materialului, în caz contrar fiind necesară subcontractarea activității, ci rezultă că este posibilă și legală și varianta de a pune în operă materialul în baza acordului de punere în operă pus la dispoziție de titularul acestuia, transferându-se astfel de la titular la executant metodologia de lucru ce trebuie respectată conform procedurii de punere în operă agrementat.

În acest sens, intervenienta invocă prevederile art. 2 alin. (1), art. 3 alin. (4), art. 6 și art. 21 din Regulamentul privind acordul tehnic în construcții, precum și ale art. 12 din Legea nr. 10/1995, arătând că din aceste prevederi legale nu rezultă că doar titularii de acorduri tehnice de punere în operă pot efectua această activitate. Dimpotrivă, la art. 3 alin. (4) din Regulamentul privind acordul tehnic în construcții se precizează clar că realizarea și punerea în operă a produselor pot fi asigurate de către producători și executanți, atâta timp cât utilizarea și modul de punere în operă sunt conforme cu cele precizate de producător sau reprezentantul autorizat al acestuia și cuprinse în acordul tehnic respectiv.

Intervenienta arată că, în acest sens s-a pronunțat și Consiliul prin Decizia nr. 1331/C4/932,1292 din 07.08.2019 (pagina 51) prin care s-a admis contestația ...(lider al Asocierii ...- ...) și s-a dispus reevaluarea ofertei ...- Astfel, CNSC a reținut deja prin decizia nr. 1331/2019 că *„nici legislația și nici documentația de atribuire nu impun deținerea de către ofertant a acordului, ci doar folosirea materialelor agrementate, cumpărarea și punerea în operă a materialelor respective fiind obligația executantului”*.

De asemenea, aceasta precizează că în afară de furnizorii/producătorii de soluții enzimice existenți pe piața din România, nu există vreun executant/alt operator care să fie titular al acordului tehnic pentru procedeul de punere în operă al enzimei. Or, dacă s-ar merge pe raționamentul contestatoarei ar însemna că toate lucrările de stabilizare de sol cu soluții enzimice efectuate până în

prezent au fost executate doar de producătorii/furnizorii de soluții enzimatică, ceea ce este fals.

În concluzie, intervenienta apreciază că a întocmit oferta în mod conform și a făcut dovada că a îndeplinit cerințele de ofertare a unei soluții enzimatică agrementată tehnic. Contrar celor afirmate de contestatoare, are capacitatea legală de a executa lucrările ce fac obiectul contractului în discuție, inclusiv de a pune în operă produsul Earthzyme prin respectarea procedurii de punere în operă al produsului, procedeu cu privire la care furnizorul de enzime s-a angajat să-l pună la dispoziție conform mențiunilor din oferta comunicată.

În subsidiar, aceasta menționează că, în conformitate cu dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, stabilește că toate informațiile în legătură cu propunerea tehnică și financiară, inclusiv cele ce fac obiectul clarificărilor adresate de către autoritatea contractantă/răspunsurile la clarificări au caracter confidențial și nu pot fi divulgate altor operatori economici. Prin urmare, S.C. ...S.R.L. nu își exprimă un eventual acord cu privire la consultarea de către alți ofertanți a propunerii tehnice și financiare, a clarificărilor pe ofertă și a răspunsurilor la clarificări, întrucât pe această cale ar fi afectat secretul comercial, astfel cum a arătat pe larg în declarația de confidențialitate depusă în oferta sa.

...SRL, prin reprezentant convențional ...-Societate Civilă de Avocați, a formulat note de răspuns în replică față de cele susținute de societatea intervenientă prin cererea sa, fiind înregistrate la Consiliu cu nr. 14085/22.03.2021, prin care învederează motivele de fapt și de drept pentru care se impune respingerea cererii de intervenție, astfel:

- În ceea ce privește natura cererii de intervenție, raportat la conținutul acesteia, este evident că reprezintă o veritabilă cerere voluntară accesorie, întrucât sprijină apărarea autorității contractante.

Cererea de intervenție nu poate fi una principală, în sensul prevederilor art. 61 alin. (2) Cod procedura civilă, întrucât intervenientul nu pretinde, pentru sine, dreptul dedus judecății sau un drept strâns legat de acesta, ci doar pretinde legalitatea actului contestat și respingerea contestației, chestiuni care sunt în sprijinul apărării poziției procesuale a autorității contractante.

Faptul că cererea formulată de ... este una accesorie și nu principală rezultă inclusiv din prevederile art. 66 C.proc.civ., fiind evident că, în speță, cererea de intervenție depinde de soarta contestației, nefiind posibilă aplicarea dispozițiilor art. 66 alin. (4) C.proc.civ., privitoare la judecarea în continuare, separat, a cererii de intervenție, chiar și în cazul în care judecarea contestației s-ar fi stins prin unul dintre modurile prevăzute de lege.

- În ceea ce privește respectarea termenului de depunere a contestației, petenta arată că, actul considerat vătămător i-a fost comunicat în data de 25.02.2021, situație în care depunerea contestației

în data de 08.03.2021 s-a realizat cu respectarea termenului legat, excepția tardivității contestației fiind nefondată.

Nefondată este apreciată și excepția inadmisibilității contestației, în condițiile în care odată cu contestația a făcut inclusiv dovada constituirii cauțiunii în cuantumul prevăzut la art. 61¹ alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

- Totodată, contestatoarea susține că nu poate fi vorba nici de excepția autorității de lucru judecat, pentru următoarele motive:

Pentru a solicita respingerea contestației, intervenienta a arătat că CNSC a reținut deja, prin decizia nr. 1331/C4/932, 1292 din 07.08.2019, că ... ar fi făcut dovada îndeplinirii cerințelor cu privire la ofertarea unei soluții enzimactice agrementată tehnic prin prezentarea unor documente comunicate de ... SRL.

Petenta consideră că cele susținute de ... nu pot fi primite la soluționarea contestației, în cauză nefiind îndeplinită condiția triplei identități de părți, cauză și obiect pentru a fi în prezența autorității de lucru judecat.

Aceasta deoarece, așa cum rezultă din considerentele deciziei CNSC la care societatea intervenientă face referire:

„Un ultim argument precizat de către autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire este acela că răspunsul este neconcludent întrucât din corespondența purtată între autoritatea contractantă și SC ... SRL ar rezulta că la momentul depunerii ofertei SC ... SRL nu avea cum să dețină Acordul Tehnic (...) pentru produsul EARTHZYME și nici Avizul tehnic în mod legal și nici nu avea susținere pentru livrarea produsului de către furnizorul SC ... SRL.

(...) autoritatea contractantă trebuia să se asigure, în cazul unei suspiciuni că ofertantul a obținut în mod corect documentele în discuție, fiind singurul în măsură să facă o astfel de dovadă, cum a dovedit de altfel anexând contestației corespondența purtată cu titularul Acordului din care rezultă că a primit atât Acordul Avizul tehnic cât și oferta fermă de preț.

Consiliul constată că printr-o solicitare de clarificări cu privire la modalitatea în care este capabil să furnizeze produsul EARTHZYME cu Acord tehnic însoțit de Avizul tehnic al acestuia ar fi obținut informații și document care dovedeau faptul că între SC ... SRL și SC ... SRL a existat atât corespondență cât și punerea la dispoziția ofertantului SC ... SRL atât a unei oferte de preț cât și a Acordului tehnic însoțit de Avizul tehnic, documente care se găsesc în prezent la dosarul cauzei. În acest context, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei a fost luată, în mod greșit, doar pe baza informațiilor obținute de la titularul Acordului tehnic și nu prin solicitarea de clarificări ofertantului potrivit obligației stabilită în sarcina autorității contractante de art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016 și, așa cum de altfel comisia de evaluare are ca atribut obligația de a stabili și solicita clarificări, conform art. 127 alin. (1) lit. i) din același act normativ.”

Așadar, contrar celor susținute de ... prin cererea de intervenție, Consiliul nu a decis că societatea intervenientă a făcut dovada îndeplinirii cerințelor cu privire la ofertarea unei soluții enzimactice agrementată

tehnic prin prezentarea unor documente comunicate de ..., ci a obligat autoritatea contractantă să reevalueze oferta ... prin transmiterea unei solicitări de clarificări cu privire la modalitatea în care este capabil să furnizeze produsul EARTHZYME cu Agreement tehnic, însoțit de Avizul tehnic al produsului.

Pe de altă parte, petenta arată că a contestat imposibilitatea ... de a executa lucrările care fac obiectul contractului care urmează a fi atribuit, în condițiile în care nu deține documente justificative privitoare la agrementarea precedeului pentru executarea stabilizării solului cu soluție enzimatică și nici nu a subcontractat această activitate, aspecte care nu au făcut obiectul analizei anterioare a Consiliului, sens în care excepția autorității de lucru judecat este considerată ca fiind nefondată.

- Totodată, petenta învederează că intervenienta susține eronat că în documentația de atribuire nu a existat nicio cerință în sensul prezentării de către ofertanți a agrementelor tehnice pentru procedeul de punere în operă a soluțiilor enzimatice. Aceasta deoarece cerința autorității de la pct. 14 din fișa de date a vizat obligativitatea prezentării de documente justificative - agremeente - pentru soluțiile tehnice oferate, iar aceasta implică depunerea de agremeente atât pentru produs, dar și pentru procedeul de punere în operă a produsului.

Contrar celor invocate prin cererea de intervenție, oferta de preț transmisă de ... SRL în niciun caz nu face dovada că ... deține agrementul tehnic pentru punerea în operă a produsului enzimatic, societatea intervenientă citând parțial conținutul adresei furnizorului. Astfel, prin adresa nr. 12/14.02.2019, deținătorul agrementelor face următoarele mențiuni:

„Menționăm că, societatea noastră deține agremeentele tehnice pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le punem la dispoziția societății dumneavoastră în momentul adjudecării licitației. Vânzarea și asistarea la aplicare a produselor se face doar prin încheiere de contracte ferme cu societatea noastră.”

Așadar, punerea la dispoziție a agrementelor este condiționată de încheierea unor contracte ferme de aplicare a enzimei de către ..., situație în care era necesară subcontractarea respectivei activități de către

Contestatoarea consideră că, în prezent, ... este în imposibilitatea executării lucrărilor care fac obiectul contractului de lucrări, iar în susținere anexează adresa ... SRL care, în opinia sa, confirmă criticile sale, astfel:

„Faptul că o societate a solicitat numai oferta de preț, iar subscrisa am răspuns acestei solicitări nu poate conduce la obligarea de a fi alături parte în procedura fără o solicitare expresa în acest sens.

Așa cum anterior am menționat, dvs. aveți exclusivitate pentru această lucrare, societatea a cărei ofertă ați menționat-o în adresa nr.

8051/19.03.2021 neputând pune în aplicare ori achiziționa acest produs pentru lucrarea respectivă.

În consecință, oferta de preț având perioada de valabilitate expirată, aceasta nu mai este valabilă, iar în conformitate cu contractul nr. 2586/12.09.2016, subscrisa nu mai poate și nu va mai prelungi valabilitatea acestei oferte, cu toate că, așa cum am mai menționat simpla informare asupra prețului acestui produs nu înseamnă că respectiva societate poate să și utilizeze respectivul produs."

Nici argumentele referitoare la interpretarea proprie a prevederilor legislației privind calitatea în construcții nu pot fi primite la soluționarea contestației, dat fiind că, așa cum rezultă din actele normative invocate, trebuie făcută distincția între agreementul tehnic pentru un material, care se obține de la producătorul/furnizorul care pune la dispoziția executantului respectivul material și agreementul tehnic pentru procedeul de punere în operă a materialului, caz în care, executantul care intenționează să-l utilizeze, trebuie să dețină respectivul agreement sau, în caz contrar, să subcontracteze activitatea aferentă punerii în operă a respectivului material.

Aceasta deoarece, emiterea unui agreement tehnic pentru un procedeu, de către un organism abilitat în conformitate cu legislația în vigoare, necesită o procedură destul de complexă și de îndelungată, procedura de obținere include mai multe etape și se bazează pe lucrări experimentale care se pot executa de către solicitantul agreementului numai în baza unui Aviz tehnic de experimentare care precizează obiectivele urmărite în cadrul experimentării, condițiile de remediere a eventualelor neconformități apărute în timpul execuției și modul de utilizare a lucrării după perioada de experimentare.

În același sens, procedura pentru obținerea agreementului tehnic presupune încercări, teste vizavi de aptitudinea de utilizare, punerea în operă, condiții privind asigurarea calității, durabilitatea și durata de viață a produsului obținut în urma procedurii.

Or, condiția deținerii agreementului tehnic pentru procedeul realizării stratului din pământ stabilizat cu soluții enzimatică nu este îndeplinită de ... și, mai mult, titularul agreementului a declarat expres că societatea intervenientă nu mai poate pune în aplicare ori achiziționa produsul pentru lucrarea în discuție, situația în care ofertantul desemnat câștigător nu are capacitatea de a realiza obiectul contractului de achiziție publică.

Urmare notelor de răspuns formulate de contestatoarea ...SRL, SC ...SRL a înaintat notele scrise având nr. 369/23.03.2021, înregistrate la CNSC cu nr. 14704/23.03.2021, prin care învederează Consiliului, în plus față de cele menționate în cuprinsul intervenției, următoarele:

1. Referitor la criticile contestatoarei cu privire la autoritatea de lucru judecat invocată prin cererea de intervenție:

Aceasta arată că, contrar afirmațiilor contestatoarei, există triplă identitate de părți, cauză și obiect, ... fiind parte în dosarul CNSC soluționat prin Decizia nr. 1331/C4/932,1292 din 07.08.2019. Prin decizia menționată, Consiliul a stabilit că în mod nelegal a fost respinsă oferta sa pe baza informațiilor obținute de la furnizorul S.C. ...S.R.L. și nu prin solicitarea de clarificări de la asocierea ..., în condițiile în care a prezentat la dosarul cauzei documente și informații *„care dovedeau faptul că între S.C. ...S.R.L. și S.C. ... S.R.L. a existat atât corespondență, cât și punerea la dispoziția ofertantului S.C. ...S.R.L. atât a unei oferte de preț, cât și a Acordului tehnic însoțit de Avizul tehnic, documente care se găsesc în prezent la dosarul cauzei”*.

Sensul clar al celor reținute de către CNSC prin decizia menționată este că în mod nelegal s-a respins oferta ... Construct, având în vedere că s-a făcut dovada deținerii de la furnizorul de enzime a unei oferte ferme de preț și a Acordului tehnic.

S-a dispus reevaluarea ofertei ... conform considerentelor expuse de CNSC în decizia amintită, considerente ce evidențiază îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire de a prezenta documente justificative (acorduri tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru principalele materiale ce vor fi utilizate, în cazul de față fiind vorba de materialul - enzimă tip Earthzyme, iar reanalizarea în prezent a acestui aspect încalcă noțiunea de autoritate de lucru judecat.

2. Referitor la criticile cu privire la deținerea acordului pentru punerea în operă a produsului enzimatic, intervenienta precizează următoarele:

Nu a existat nicio cerință în documentația de atribuire de a prezenta acorduri pentru procedeul de punere în operă a produsului. Cerința de la punctul 14 din fișa de date, astfel cum a fost aceasta clarificată prin clarificarea nr. 10, răspunsul 12, vizează doar prezentarea acordurilor tehnice pentru materiale și nu și pentru procedeul de punere în operă.

Societatea a făcut dovada, prin oferta de preț de la furnizorul de enzime, că acesta s-a angajat să-i pună la dispoziție inclusiv procedeul de punere în operă a soluției enzimatice în momentul adjudecării licitației.

În plus, în Acordul tehnic al materialului enzimă tip Earthzyme există mențiuni și cu privire la punerea în operă a produsului (mențiunile de la punctul 2.2.4 - Punerea în operă și de la punctul 2.3.4 - Condițiile de punere în operă din Acordul tehnic al produsului Earthzyme aflat la dosarul achiziției).

Acordul de punere în operă a produsului nu poate contrazice mențiunile cu privire la punerea în operă din Acordul tehnic al produsului. Prin urmare, prin prezentarea acordului tehnic al produsului s-ar putea oricum considera că are informațiile necesare pentru punerea în operă, în mod corespunzător, a materialului.

Totodată, aceasta arată că petenta face aceeași eroare de interpretare a noțiunii de „*deținere a agrementului tehnic*” cu aceea avută în vedere anterior de autoritatea contractantă, când a respins inițial oferta pe motiv că nu ar fi făcut dovada deținerii agrementului pentru materialul enzimă. Or, CNSC a tranșat deja acest subiect prin Decizia nr. ... din 07.08.2019 (pagina 51).

Nici legislația și nici documentația de atribuire nu impune deținerea de către ofertant a agrementului, ci doar folosirea materialelor agrementate, cumpărarea și punerea în operă a materialelor respective fiind obligația executantului.

Astfel, intervenienta apreciază că se impune respingerea criticilor contestatoarei cu privire la deținerea în calitate de titular/prin subcontractant a agrementului pentru punerea în operă, neexistând o astfel de cerință în documentația de atribuire sau în Legea nr. 10/1995.

Referitor la afirmațiile contestatoarei potrivit cărora „*punerea la dispoziție a agrementelor este condiționată de încheierea unor contracte ferme de aplicare a enzimei de către ... S.R.L., situație în care era necesară subcontractarea respectivei activități de către ...*”, intervenienta arată următoarele:

Din documentația de atribuire nu rezultă că trebuie prezentate contracte de aplicare a enzimei de către furnizorul de enzime și subcontractarea acestei activități. Contestatoarea formulează în mod abuziv cerințe proprii după care pretinde să fie evaluați ofertanții și își arată nemulțumirea față de evaluarea ofertelor după alte criterii/cerințe decât cele pe care le-a stabilit în mod unilateral contestatoarea.

Faptul că furnizorul s-a angajat să livreze enzima și documentele suport rezultă din mențiunile din oferta de preț transmisă de furnizor către ...(nr. 12/14.02.2019), personalizată pentru aceasta procedură. În oferta de preț s-a precizat în mod clar „*Menționăm că societatea noastră deține agremente tehnice pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le punem la dispoziția societății dvs. în momentul adjudecării licitației.*”

Mențiunea din oferta de preț răspunde întocmai cerințelor din documentația de atribuire, fiind evident acordul furnizorului de a vinde produsul agrementat și de a pune la dispoziție și agrementul de punere în operă. În plus, această obligație a furnizorului de prezentare a agrementului de produs este una legală, prevăzută în HG nr. 668/2017 privind stabilirea condițiilor pentru comercializarea produselor pentru construcții, unde la Cap IV - documente care însoțesc produsul pentru construcții pe lanțul de distribuție se precizează că producătorul sau reprezentantul său autorizat au obligația de a deține și prezenta documente valabile cu privire la produs, printre care și agrementul tehnic însoțit de avizul tehnic în valabilitate.

În opinia sa, încheierea unor contracte ulterioare de furnizare soluție enzimatică cu furnizorul de enzime este un aspect care nu

afectează/influențează evaluarea ofertelor prin raportare la documentația de atribuire, atâta timp cât nu s-a cerut dovada la data depunerii ofertelor și nici nu a existat vreo cerință de subcontractare a acestei activități către furnizorul de enzime.

În ceea ce privește corespondența purtată de contestatoare cu furnizorul de enzimă, ... SRL, și exclusivitatea acordată de furnizorul de enzime societății ..., intervenienta consideră că acestea nu au nicio relevanță atâta timp cât a prezentat o ofertă angajantă de la furnizorul de enzimă, valabilă la data depunerii ofertelor, însoțită de agreementul tehnic pentru material și de angajamentul de punere la dispoziție a agreementului de punere în operă.

În opinia sa, preferințele manifestate de furnizorul de enzimă și exclusivitatea acordată ofertantului ... în ce privește utilizarea acestui produs pentru lucrarea Modernizare străzi în localitatea ..., nu pot influența în vreun fel atribuirea contractului de achiziție publică, atribuire condiționată exclusiv de respectarea de către ofertantul câștigător a cerințelor din documentația de atribuire în raport cu data depunerii ofertelor.

Referitor la criticile cu privire la valabilitatea ofertei de preț primite de la furnizorul de enzimă, aceasta arată că prin documentația de atribuire nu s-a solicitat ca ofertele de preț de la furnizori/contractele cu furnizorii să fie valabile pe întreaga perioadă de execuție a lucrărilor, sens în care se poate vorbi cel mult de prezentarea de către ofertanți a unor oferte de preț/contracte cu furnizorii valabile la data depunerii ofertelor, deoarece aceste documente s-au solicitat pentru a justifica prețul ofertat, operatorii economici neavând obligația legală de a procura materialele de la furnizori.

Or, a făcut dovada la data depunerii ofertelor că deține o ofertă de preț valabilă pentru materialul enzimă (agrementat tehnic), sens în care, în opinia sa, nu prezintă nicio relevanță în analiza conformității ofertei sale criticile contestatoarei și/sau afirmațiile furnizorului din adresa prezentată de către contestatoare în susținerea criticilor sale.

3. În ceea ce privește afirmațiile contestatoarei cu privire la necesitatea deținerii unui agreement tehnic pentru procedeul de punere în operă a materialului, intervenienta arată următoarele:

Din prevederile legale și cerințele din documentația de atribuire nu rezultă că doar titularii de agreemente tehnice de punere în operă pot efectua această activitate. Dimpotrivă, la art. 3 alin. 4 din Regulamentul privind agreementul tehnic în construcții se precizează clar că realizarea și punerea în operă a produselor pot fi asigurate de către producători și executanți, atâta timp cât utilizarea și modul de punere în operă sunt conforme cu cele precizate de producător sau reprezentantul autorizat al acestuia și cuprinse în agreementul tehnic respectiv.

Astfel, sensul și finalitatea prevederilor legale în discuție vizează faptul că punerea în operă trebuie să se facă cu respectarea celor

precizate în agreement și nicidecum nu se limitează posibilitatea de punere în operă doar la titularii de agreemente de punere în operă.

Prin Decizia nr. din 07.08.2019, CNSC a reținut că *„nici legislația și nici documentația de atribuire nu impune deținerea de către ofertant a agreementului, ci doar folosirea materialelor agreementate, cumpărarea și punerea în operă a materialelor respective fiind obligația executantului”*.

Intervenienta precizează că petenta a avut calitatea de intervenient în dosarul CNSC mai sus menționat și, prin urmare, orice critici la acest moment sub acest aspect beneficiază de autoritate/putere de lucru judecat, sens în care solicită Consiliului ca în soluționarea contestației ...să țină cont de dezlegarea deja dată asupra problemei de drept dedusă judecării.

În oferta de preț furnizorul a precizat în mod clar *„Menționez că societatea noastră deține agreemente tehnice pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le punem la dispoziția societății dvs. în momentul adjudecării licitației”*.

Mențiunile din oferta de preț fac nu doar dovada acordului furnizorului de a-i vinde produsul agreementat, dar și a angajamentului furnizorului că îi va pune la dispoziție agreementul tehnic pentru procedeul de aplicare al acestui produs, chiar dacă nu a existat o cerință în acest sens în documentația de atribuire.

Urmare studierii dosarului achiziției, contestatoarea SC ...SRL a transmis adresa nr. 589/05.04.2021, înregistrată la Consiliu cu nr. 17385/05.04.2021, prin care învederează că nu va mai formula concluzii scrise, menținându-și motivele de fapt și de drept expuse pe larg în cuprinsul contestației și prin notele scrise, precum și înscrisurile depuse în susținere.

Din analiza susținerilor părților și a documentelor existente la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat procedura de licitație deschisă, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ... și a documentației de atribuire aferente, pentru contractul având ca obiect *„Modernizare străzi în localitatea ...”*, valoarea estimată fiind de 38.314.479,22 lei, fără TVA, iar data limită pentru depunerea ofertelor 25.02.2019, ora 15:00. Criteriul de atribuire stabilit este *„Cel mai bun raport calitate-preț”*.

Potrivit procesului verbal nr. 2813 din data de 21.03.2019, în cadrul proceduri de atribuire au fost depuse 5 oferte printre care și ofertele depuse de către contestatoarele din prezenta cauză, respectiv Asocieria SC ...SRL – SC ...și Asocieria E.M. ...SRL.

Consiliul constată că la dosarul cauzei au fost depuse de către SC ...SRL recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 206889589/1 din 12.03.2021, a sumei de 766.290,00 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Piața Alba Iulia și ... SRL recipisa de consemnare nr. 206879497/1 din

08.03.2021, a sumei de 766.289,59 lei, emisă de CEC BANK Sucursala Victoria, respectându-se, astfel, dispozițiile art. 61¹ din Legea nr. 101/2016.

Cauțiunile constituite se vor restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61¹ alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Așa cum s-a menționat și în Decizia anterioară cu nr. ... din data de 07.01.2021, pentru o cât mai bună înțelegere a contextului în care urmează a se soluționa contestația ce face obiectul prezentei cauze mai jos va fi prezentată derularea procedurii de achiziție cu privire la contestațiile formulate în cadrul acesteia anterior.

În acest sens, Consiliul reține că în cadrul prezentei proceduri de atribuire a soluționat anterior contestațiile depuse de SC ...SRL și SC ...SRL asupra cărora s-a pronunțat prin Deciziile nr.

Prin Decizia nr. ... Consiliul a dispus astfel:

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

Respinge, ca lipsită de interes, cererea de intervenție formulată de ...SRL.

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea adresei nr. 5224/23.05.2019 prin care a fost comunicat rezultatul evaluării tehnice și a actelor subsecvente acesteia, și dispune reevaluarea ofertei SC ...SRL conform considerentelor de mai sus.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei.

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

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

Împotriva acestei decizii, ...SRL a formulat plângere la Curtea de Apel București, iar aceasta din urmă s-a pronunțat prin Hotărârea nr. 682/2019 din data de 01.10.2019 astfel:

„Admite plângerea. Modifică în parte Decizia CNSC. În rejudecarea contestației formulate de ...SRL: Admite în parte contestația. Anulează în parte adresa nr. 6172/21.06.2019 emisă de autoritatea contractantă cu privire la motivele 2-5 de respingere a ofertei acestei contestatoare și obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta ...SRL de la etapa verificării admisibilității acesteia. Menține în rest decizia CNSC. Definitivă. Pronunțată azi 01.10.2019 prin punerea soluției la dispoziția părților prin mijlocirea grefei instanței”.

În data de 13.09.2019, autoritatea contractantă emite „Decizie” de anulare a procedurii de atribuire înregistrată sub nr. 9299 și adusă la cunoștința ofertanților participanți la procedura de atribuire.

Împotriva deciziei de anulare a procedurii de atribuire au fost formulate contestații de către aceeași doi ofertanți, respectiv SC ...SRL și ...SRL, cu privire la care Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 2023/C4/1926, 1981 din 12.11.2019 prin care a dispus:

„În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestațiile formulate de SC ...SRL și ...SRL în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea „Deciziei” nr. 9299/13.09.2019 prin care a fost comunicată decizia de anulare a procedurii de atribuire, și dispune continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei SC ...SRL conform considerentelor de mai sus și a ofertei ...SRL conform Hotărârii nr. 682/2019, pronunțată de Curtea de Apel București în data de 01.10.2019. (...).”

Prin Hotărârea nr. 430/19.05.2020 Curtea de Apel București a respins plângerea formulată de UAT ...împotriva Deciziei CNSC nr. ... din data de 12.11.2019.

În etapa de reevaluare a ofertelor dispusă de către Consiliul prin Decizia nr. ..., autoritatea contractantă a solicitat ofertantului SC ...SRL, cu adresa nr. 5704/09.06.2020:

„(...), vă solicităm să clarificați prețul principalelor materiale ce vor fi puse în opera prin prezentarea unui document (la data prezentului) asumat de furnizorii declarați de dvs (cu semnătură și ștampilă), din care să reiasă în mod clar prețul pentru principalele materiale și anume: 1 Mixturi asfaltice, Emulsie bituminoasă, Betoane de ciment, Soluție enzimatică de stabilizare – Earthzyme, Rigola carosabilă prefabricate”.

Ca urmare a „notificării” contestatoarei prin care solicită, cu adresa nr. 915/11.06.2020, anularea adresei nr. 5704/09.06.2020, întrucât, în opinia sa este excesivă, nelegală și încalcă principiul transparenței și proporționalității, autoritatea contractantă a publicat în SEAP clarificarea solicitării prin care precizează că *„Ref. la solicitarea de clarificări din 10.06.2020 AC nu s-a referit la justificarea prețului principalelor materiale la data solicitării clarificării, cu justificarea principalelor materiale ofertate cu prezentarea unui doc. asumat de furnizorii declarați din care să reiasă disponibilitatea/posibilitatea furnizării principalelor materiale, pentru a ne asigura că oferta este sustenabilă, ținând cont de efectele pandemiei îndelungate de la data depunerii ofertelor”.*

Împotriva solicitării transmise cu adresa nr. 5704/09.06.2020 SC ...SRL a formulat contestație solicitând anularea acesteia, considerând-o nelegală sub aspectul prezentării *„la data prezentului”* a unor documente asumate de furnizorii declarați cu semnătură și ștampilă, din care să reiasă prețul principalelor materiale iar pe cale de consecință anularea deciziei de anulare a procedurii de atribuire.

Cu privire la această contestație, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 1213/C4/1185 din data de 16.07.2020, astfel:

„În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea adresei nr. 5704/09.06.2020 completată prin răspunsul publicat în SEAP în data de 12.06.2020 și dispune continuarea procedurii de atribuire prin reevaluarea ofertei SC ...SRL conform considerentelor de mai sus”.

Împotriva acestei decizii nu a fost formulată plângere.

Ulterior pronunțării deciziei din data de 16.06.2020, de către Consiliu, autoritatea contractantă a publicat în SEAP în data de 17.11.2020 decizia de anulare a procedurii de atribuire prin documentul „Hotărâre anulare procedură”.

Împotriva acestui act al autorității contractante SC ...SRL a formulat o nouă contestație, solicitând anularea acestei decizii și orice act subsecvent măsurii de anulare a procedurii de atribuire, pe care o consideră netemeinică și nelegală, și obligarea autorității contractante la finalizarea procedurii prin încheierea contractului de achiziție publică.

Cu privire la decizia de anulare a procedurii de atribuire Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 36/C4/2644 din data de 07.01.2021, astfel:

„În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu

Obligă autoritatea contractantă la anularea deciziei de anulare a procedurii, denumită «Hotărâre de anulare procedură», publicată în SEAP în data de 17.11.2020, și dispune continuarea procedurii de atribuire.

Măsurile dispuse vor fi aduse la îndeplinire în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei”.

Împotriva acestei decizii nu a fost formulată plângere.

În vederea punerii în aplicare a Deciziei Consiliului nr., comisia de evaluare a emis „DECIZIE” de anularea adresei deciziei de anulare a procedurii și continuarea procedurii de atribuire.

În data de 20.01.2021, conform procesului verbal nr. 849, au fost evaluate propunerile financiare ale celor trei oferte rămase în competiție, fără a se ține seama de solicitarea de clarificări nr. 5704/09.06.2020, anulată prin Decizia nr. ..., având în vedere Hotărârea comisiei de evaluare înregistrată sub nr. 7608/20.07.2020.

Cu ocazia evaluării propunerilor financiare a celor trei ofertanți, comisia de evaluare a declarat admisibile ofertele depuse de Asocieria SC ...SRL – SC ...SRL, Asocieria ...SRL și Asocieria SC ...SRL – SC ...SRL concluzionând că:

„În urma răspunsului la solicitările de clarificări s-au prezentat dovezi concludente privind elementele la care se referă clarificările (menționate mai sus pct a și b) și prevăzute la art. 210 alin. (2) pct a) și b) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice, precum și, prețuri ce pot fi obținute de la furnizori, situația stocurilor de materii prime și materiale, modul de organizare și metodele utilizate în cadrul procesului

de lucru, performanțele și costurile pe anumite utilaje sau echipamente de lucru, costuri cu manopera (deservent și mecanic întreținere), costuri directe rezultate din cotele legale (CAS, FAMB, Fond șomaj, Fond garantare, contribuții sănătate, contribuții concedii și indemnizații), alte costuri (amortisment, cheltuieli de întreținere – piese schimb, lubrefianți, cheltuieli de regie).

Fundamentarea financiară a prețului pentru ore funcționare utilaj trebuie să reflecte minim următoarele costuri: costuri cu carburantul, costul cu manopera deserventului, amortisment, costuri de regie, alte cheltuieli indirecte”.

În raportul procedurii de atribuire nr. 2496/24.02.2021, comisia de evaluare a consemnat faptul că evaluarea propunerilor tehnice se regăsește în procesele verbale nr. 5700/09.06.2020, nr. 8376/20.08.2019 și nr. 6144/20.06.2019 iar evaluarea propunerilor financiare se regăsește în procesul verbal nr. 849/20.01.2021, parte a dosarului achiziției.

Împotriva noului rezultat al procedurii de atribuire a formulat contestație SC ...SRL, în calitate de lider al Asocierii SC ...SRL – SC ..., prin care a solicitat anularea adresei nr. 2504/25.02.2021 de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, raportul procedurii de atribuire și orice act subsecvent emis ulterior acestora și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire prin reanalizarea ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător.

Cu privire la noul rezultat al procedurii de atribuire a fost formulată contestație de către SC ...SRL, în calitate de lider al asocierii SC ...SRL – SC ... SRL, prin care solicită anularea adresei nr. 2502/25.02.2021 a raportului procedurii de atribuire, în partea ce privește ofertele clasate pe primele 2 locuri, respectiv Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL și Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL și obligarea autorității contractante la reluarea procedurii de atribuire de la etapa de verificare a admisibilității ofertelor clasate pe locurile 1 și 2.

Consiliul constată că în prezenta cauză au fost depuse cererile de intervenție nr. 343/17.03.2021 și nr. 357/18.03.2021 de către ofertantul declarat câștigător, respectiv Asocierea SC ...SRL - SC ...SRL, prin care solicită încuviințarea acestora, menținerea rezultatului procedurii de atribuire și respingerea ca nefondate a contestațiilor depuse de SC ...SRL și SC ...SRL, demersuri care au fost aduse la cunoștința părților.

Consiliul consideră cererile de intervenție admisibile în principiu, raportat la prevederile art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, urmând a fi cercetate odată cu solicitările contestatoarelor, potrivit dispozițiilor art. 64 și următoarele din Codul de procedură civilă.

Pentru a decide astfel, Consiliul are în vedere că oferta Asocierii SC ...SRL - SC ...SRL a fost declarată câștigătoare, prin urmare, aceasta are calitate și capacitate procesuală și a dovedit un interes legitim propriu în pricină prin promovarea cererilor.

Întrucât prin cererea de intervenție nr. 343/17.03.2021, SC ...SRL invocă mai multe excepții de procedură, în temeiul art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, Consiliul le va analiza cu precădere.

Astfel, în ceea ce privește excepția tardivității contestației formulată de SC ...SRL, Consiliul constată, contrar susținerilor intervenientei, că adresa nr. 2504 a fost emisă și comunicată în data de 25.02.2021, iar contestația a fost transmisă atât la CNSC cât și la autoritatea contractantă în data de 08.03.2021, așa cum rezultă din e-mailul existent la dosarul cauzei.

Astfel, rezultă că termenul de 10 zile stabilit de art. 8 lit. a) din Legea nr. 101/2016 a fost respectat de către SC ...SRL, contestația fiind depusă în ultima zi lucrătoare, motiv pentru care excepția tardivității contestației va fi respinsă.

În ceea ce privește solicitarea intervenientei de a respinge contestația SC ...SRL, ca inadmisibilă, în temeiul art. 61¹ din Legea nr. 101/2016 pentru neconstituirea cauțiunii, Consiliul o va respinge ca nefondată, întrucât la dosarul cauzei a fost depusă Recipisa de consemnare nr. 206889589/1 din data de 12.03.2021.

Consiliul va respinge și cererea intervenientei de a anula contestația în temeiul art. 11 din Legea nr. 101/2016, pentru nerespectarea prevederilor art. 10, respectiv nemotivarea în fapt și în drept a contestației.

În susținerea acestei cereri, intervenienta invocă caracterul general și speculativ al criticilor contestatoarei, după cum afirmă, și omisiunea acesteia de a motiva cererea în fapt și în drept, potrivit art. 10 lit. f) din Legea nr. 101/2016.

În luarea deciziei de a respinge cererea intervenientei, Consiliul a analizat conținutul contestației depusă de SC ...SRL și a constatat că aceasta este motivată în fapt și în drept, în baza informațiilor avute la dispoziție, însă contestatoarea a prezentat detaliat prin concluzii scrise, care sunt, în opinia sa, încălcările prevederilor legale făcând totodată trimitere la documentele depuse de către ofertantul declarat câștigător și la cele întocmite de către comisia de evaluare care fac parte din dosarul achiziției publice, după ce a avut acces la dosarul achiziției la CNSC, acces care i-a fost refuzat de către autoritatea contractantă. Față de situația în care a fost pusă contestatoarea de către autoritatea contractantă, respectiv refuzul de a pune la dispoziție documente care să îi permită formularea unei contestații punctuale, Consiliul reține că nu i poate reproșa elaborarea unei contestații nemotivate în fapt în condițiile în care nu a avut acces la dosarul achiziției.

În situația admiterii excepției s-ar încălca dreptul la acces efectiv la o cale de atac.

O altă excepție invocată de către intervenientă este cea reglementată de art. 21 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia *„Este inadmisibilă prezentarea unor noi motive de contestare și/sau*

formularea unor noi capete de cerere pe calea concluziilor scrise sau orale ori a precizărilor la contestație ulterior termenului legal de formulare a acesteia”, arătând că SC ...SRL și-a completat contestația în afara termenului legat de contestare a unui act vătămător.

Consiliul constată că ofertantul contestator nu a avut acces la dosarul achiziției, autoritatea contractantă refuzând cererea acestuia de a studia documentele cuprinse în acesta, ori la momentul întocmirii contestației a formulat critici în limita informațiilor avute la dispoziție.

Ulterior formării dosarului la CNSC, contestatoarea a avut acces la dosarul achiziției, situație care i-a permis să aducă noi argumente în susținerea criticilor din contestație, respectiv indicarea documentelor referitoare la justificarea prețului neobișnuit de scăzut aspect care a făcut obiectul contestației.

Consiliul constată, de asemenea, că prin concluziile scrise au fost în fapt doar detaliate criticile din contestație și au fost indicate documentele care, în opinia sa, nu pot fi luate în considerare în justificarea prețului neobișnuit de scăzut. Consiliul constată că nu au fost formulate critici noi cu privire la oferta declarată câștigătoare, respectiv la alte aspecte decât prețul neobișnuit de scăzut, ci doar detalierea și completarea acestora cu informații noi la care a avut acces prin studierea dosarului cauzei, motiv pentru care excepția va fi respinsă.

Pe fondul cauzei, Consiliul constată că un prim aspect criticat este acela că ofertantul contestator a solicitat autorității contractante să îi pună la dispoziție dosarul achiziției iar aceasta a refuzat cererea motivând că are caracter confidențial situație în care consideră că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 217 alin. (6) din Legea nr. 98/2016.

Așa cum a reținut anterior, în soluționarea excepției inadmisibilității criticilor din concluzii scrise, contestatoarea a solicitat autorității contractante accesul la dosarul achiziției la care aceasta din urmă a formulat următorul răspuns cu adresa nr. 135/26.02.2021 *„câtă vreme dosarul de achiziție publică nu are caracter de document public, în accepțiunea prevederilor art. 127 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, nu putem da curs cererii dvs”*.

În cuprinsul contestației, la punctele 2 și 3, este criticat faptul că autoritatea contractantă a încălcat prevederile art. 216 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, având în vedere că nu are cunoștință despre întocmirea unui raport al procedurii de atribuire având în vedere că nu a avut acces la dosarul achiziției și nici nu a fost comunicat un astfel de document cu adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire, iar lipsa comunicării unui document de o asemenea importanță conduce la încălcarea principiului legalității și a principiului transparenței prevăzut de art. 2 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 98/2016.

Legat de acest aspect Consiliul reține că prin adresa nr. 16312/505/C4/31.03.2021 contestatoarea a fost invitată la sediul CNSC

În vederea studierii dosarului cauzei având acces la dosarul achiziției publice, la documentele „*care nu au fost declarate confidențiale*” cum a solicitat prin contestație, inclusiv la raportul procedurii de atribuire nr. 2496/24.02.2021, situație care i-a permis detalierea criticilor formulate inițial prin contestație pe calea concluziilor scrise, motiv pentru care aceste critici vor fi respinse ca rămase fără obiect.

SC ...SRL critică oferta declarată câștigătoare invocând faptul că autoritatea contractantă a realizat o analiză superficială a acesteia cu nerespectarea prevederilor legale din materia achizițiilor publice, prețul oferat fiind nejustificat iar propunerea financiară are numeroase lipsuri și deficiențe majore.

În opinia contestatoarei, având în vedere că valoarea ofertei câștigătoare este sub procentul de 75% din valoarea estimate, aceasta nu poate reflecta valoarea reală a lucrărilor care trebuie executate.

Contestatoarea consideră că autoritatea contractantă trebuia să ceară ofertantului declarat câștigător să justifice prețul propus și să demonstreze că toate elementele care alcătuiesc propunerea financiară (consumurile de utilaj, transport și resurse umane, cheltuieli indirecte, directe, profit) sunt cotate financiar, precum și să prezinte oferte de la furnizori pentru materiale oferate.

Prin concluzii scrise, contestatoarea arată că propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător nu respectă prevederile cap. IV.4.2 Modul de prezentare a propunerii financiare din fișa de date a achiziției, susținând că aceasta nu cuprinde toate cheltuielile necesare obținerii mixturilor asfaltice, inclusiv cheltuielile cu apa industrială, cheltuielile cu combustibilul (motorina) etc, indicând că în Formularul „nr. 6” există rubrică referitoare la cotarea acestui element în cadrul propunerii financiare.

Verificând documentele aflate la dosarul cauzei Consiliul constată că în etapa de evaluare a propunerilor financiare comisia de evaluare a solicitat ofertantului declarat câștigător justificarea prețului neobișnuit de scăzut prin adresa nr. 8462/22.08.2019, nr. 5704/09.06.2020, nr. 8075/31.07.2020 la care ofertantul a răspuns cu adresele nr. 1389/26.08.2019, nr. 918/12.06.2020 și nr. 1169/05.08.2020, în mod similar procedând și cu ceilalți doi ofertanți rămași în competiție după finalizarea etapei de evaluare a propunerilor tehnice. Prin urmare, nu se poate aprecia că evaluarea propunerilor financiare a fost făcută superficial.

Consiliul constată că în ceea ce privește critica potrivit căreia oferta câștigătoare nu cuprinde toate cheltuielile necesare obținerii mixturilor asfaltice, inclusiv cheltuielile cu apa industrială, cheltuielile cu combustibilul (motorina), deși în Formularul „nr. 6” ar exista rubrică referitoare la cotarea acestui element în cadrul propunerii financiare, aceasta se dovedește a fi nefondată.

Din conținutul propunerii financiare rezultă că prețul ofertat pentru mixtura asfaltică BAD 22 ofertantul a oferit prețul de 281,36 lei/tonă, preț comparabil cu cele existente pe piață atât la momentul ofertării și chiar și la momentul actual, respectiv în anul 2021, motiv pentru care nu poate fi considerat un preț neobișnuit de scăzut.

În ceea ce privește cheltuielile cu apa industrială și combustibil (motorina), Consiliul constată că în Formularul C6 – Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale (n.n. Formularul nr. 6 reprezentând Angajament de susținere) la poziția 80 se regăsește Motorina Aditivată, la poziția 83 Apa industrială pt lucr. drumuri iar la poziția 84 Apa industrială pentru mortare și betoane, prin urmare, critica se dovedește a fi nefondată și sub acest aspect, aceste cheltuieli fiind incluse în propunerea financiară a ofertantului declarat câștigător.

Consiliul va mai reține în soluționare și faptul că prin justificarea prețului prezentată cu adresa nr. 1160/05.08.2020 ofertantul a precizat că *„S.C. ...S.A. deține o stație de mixturi asfaltice și o stație de preparare emulsie bituminoasă, amplasată în organizarea de șantier a Agenției noastre din Rudeni Chitila, județul Ilfov, această facilitate urmând a fi utilizată pentru realizarea aprovizionării cu mixturi asfaltice și emulsii bituminoase. Începând cu acest an, ... deține și o stație de preparare betoane amplasată tot în baza noastră de producție din Chitila”*.

Or, inclusiv din această perspectivă prețul ofertat de către câștigător nu poate fi considerat neobișnuit de scăzut întrucât deținerea propriei stații de mixturi asfaltice îi permite ofertarea unui preț mai mic decât cele existente pe piața liberă pentru terți. Însă, chiar și în aceste condiții prețul ofertat pentru mixtura asfaltică este unul comparabil cu prețurile existente pe piață atât la data ofertării cât și în prezent.

O altă critică a contestatoarei privește cerința de la punctul VIII din caietul de sarcini – Utilaje, Echipamente, Materiale, apreciind că raportat la aceasta toți ofertanții aveau obligația de a demonstra că dețin, la data depunerii ofertei și la data evaluării, toate echipamentele și materialele prevăzute de autoritatea contractantă.

Analizând critica Consiliul constată că prin caietul de sarcini autoritatea contractantă a stabilit următoarele prevederi:

„Operatorilor economici li se solicită demonstrarea modului în care vor dispune la următoarele utilaje și/sau instalații și/sau echipamente tehnice pentru prestarea serviciilor/executarea lucrărilor de proiectare și execuție lucrări de asfaltare în comuna Dragomirești Vale, în cadrul contractului. Ofertantul trebuie să facă dovada că are în dotare sau că dispune pentru realizarea în bune condiții a contractului (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere) de cel puțin următoarele instalații/utilaje/echipamente specific:

- Reciclator
- Imprăștiător

- Cilindru compactor
- Autobetonieră
- Excavator
- Basculanta
- Semiremorca
- Freza asfalt
- Încărcător frontal
- Buldoexcavator
- Compresor
- Cisterna emulsie bituminoasă
- Repartizor mixtura asfaltică
- Scanner Topografic 3D – 1 buc

În vederea îndeplinirii cerinței, ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător va completa cerința corespunzătoare în formularul DUAЕ. Vor fi completate informații precum: denumirea și marca echipamentului, documentul prin care face dovada că ofertantul/ofertantul asociat/terțul susținător are în dotare sa sau dispune (proprietate, leasing sau prin contracte/convenții de închiriere) de echipamentul respectiv.

Operatorul economic clasat pe primul loc în clasamentul intermediar, întocmit după finalizarea evaluării ofertelor, va prezenta, la solicitarea Autorității Contractante documente din care să reiasă toate elementele necesare pentru confirmarea îndeplinirii cerinței.

Aceste documente vor fi prezentate și de către ofertantul asociat, în situația în care resursele acestuia au fost luate în considerare pentru îndeplinirea cerinței”.

Cu privire la utilajele prezentate în propunerea tehnică de către ofertantul declarat câștigător, Consiliul constată că acestea se regăsesc în conținutul propunerii tehnice, Vol 1 – Partea 4, la pag. 36-37.

Propunerile tehnice au fost evaluate de către comisia de evaluare, etapă care s-a finalizat cu încheierea procesului verbal nr. 6144/20.06.2019, 8376/20.08.2019 și 5700/09.06.2020, așa cum este consemnat și în raportul procedurii de atribuire nr. 2496/24.02.2020.

Astfel, criticile contestatoarei potrivit cărora ofertanții ar fi trebuit să dețină utilajele și echipamentele solicitate de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini se dovedesc a fi nefondate, în condițiile în care în propunerea tehnică, așa cum s-a reținut anterior, a fost prezentată o listă a acestora, listă care conține suplimentar și alte utilaje și echipamente necesare realizării contractului.

Cât privește dovezile prezentate cu privire la deținerea acestora, Consiliul constată că anexat (Anexa 2) răspunsului la solicitarea de clarificări privind justificarea prețului ofertat transmis cu adresa nr. 1160/05.08.2020 ofertantul a prezentat documente privind închirierea utilajelor, aceasta fiind una dintre modalitățile de deținere permise de documentația de atribuire, situație în care ofertantul face dovada îndeplinirii cerinței din caietul de sarcini atât sub aspectul ofertării lor ca

necesar minim de echipamente și utilaje cât și sub aspectul dovedirii deținerii lor.

Consiliul constată că sunt aduse critici legate de oferta de preț de la Portrans nr. 44/12.02.2019, care nu are dată de valabilitate, în aceeași situație aflându-se și oferta de preț de la ... nr. 73/11.02.2019.

Cu privire la Actul aditional nr. 45 la contractul de furnizare nr. 6335/2014 contestatoarea critică faptul că este un act semnat în anul 2014 și nu este datat, nu are o dată de valabilitate, iar informarea privind rabatul de performanță din data de 25.03.2019, este ulterioară datei limită de depunere a ofertelor (13.03.2019) și nu conține niciun element de natură să justifice modul de formare a prețului pentru ofertantul declarat câștigător.

Consiliul constată că prin Decizia nr. ..., aspectele referitoare la ofertele de la furnizori pentru diverse materiale au făcut obiectul analizei în Dosarul nr. 1185/2020, ocazie cu care s-a pronunțat astfel:

„Solicitările de clarificări în completarea documentelor depuse deja în ofertă, respectiv suplimentar declarației privind furnizorii principalelor materiale care urmează să fie puse în opera, exced așadar prevederilor documentației de atribuire, iar argumentul potrivit căruia s-a scurs o perioadă îndelungată de timp de la depunerea ofertelor până la această data nu poate fi considerată o culpă a ofertantului contestator, cu atât mai mult cu cât din soluționarea contestațiilor anterioare, asupra cărora Consiliul s-a pronunțat, iar Curtea de Apel București a menținut deciziile, singura în culpă de această tergiversare a procedurii de atribuire este doar a autorității contractante UAT

Consiliul reține, de asemenea, că o astfel de solicitare este nejustificată și excesivă, având în vedere și faptul că ajustarea prețului contractului, conform fișei de date a achiziției cap. II.3 Ajustarea prețului contractului „Nu”, nu este posibilă, situație în care ofertanții își stabilesc prețul contractului pe baza experienței comerciale luând în calcul și asumându-și toate riscurile, inclusiv o eventuală prelungire a termenului de finalizare a procedurii de atribuire ca urmare unor contestații formulate cu privire la modul nelegal în care autoritatea contractantă evaluează ofertele, ca în prezenta speță, fie modul în care înțelege să pună în aplicare deciziile Consiliului, menținute, de altfel, de Curtea de Apel București.

Pe lângă faptul că documentația de atribuire nu a stabilit în sarcina ofertanților prezentarea unor oferte de preț sau documente asumate de furnizorii declarați de ofertantul contestator prin semnătură și stampilă, cu o anumită valabilitate, în cadrul procedurii de atribuire este nejustificată o solicitare de a se prezenta documente în acest moment, din care să reiasă în mod clar prețul pentru principalele materiale și documente care să confirme disponibilitatea/posibilitatea furnizării principalelor materiale de către furnizorii declarați, așa cum a fost completată solicitarea din adresa nr. 5704/09.06.2020. Elaborarea

ofertelor a fost făcută înainte de data stabilită pentru depunerea acestora, iar evaluarea lor trebuie să se raporteze exclusiv la prevederile documentației de atribuire în baza cărora au fost elaborate, în conformitate cu dispozițiile art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016, potrivit cărora „Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire (...)”.

Consiliul va reține caracterul nejustificat al unei astfel de solicitări și din prisma faptului că menținerea prețului ofertat reprezintă o obligație legală a ofertantului, modificarea acestuia fiind posibilă doar în situațiile prevăzute expres de legislația incidentă și clauzele contractuale, context în care prezentarea unor facturi actuale de la furnizorii principalelor materiale sau documente care să confirme disponibilitatea/posibilitatea furnizorilor de a livra sunt nerelevante iar demersul autorității contractante conduce la o nouă tergiversare a procedurii de atribuire, și nu în ultimul rând crearea unor noi motive artificiale de eliminare din competiție a unor ofertanți sau chiar de anulare a întregii proceduri de atribuire, așa cum a procedat anterior.

Vor fi reținute ca relevante în soluționarea prezentei cauze susținerile contestatoarei potrivit cărora ofertele de preț de la furnizori dar și documente din care să rezulte disponibilitatea/posibilitatea furnizorilor de a pune la dispoziție principalele materiale, nu reprezintă elemente ale ofertei, ci documente justificative, emise de terți, care pot să nu conțină toate informațiile în forma dorită de autoritatea contractantă și care nu pot crea obligații față de aceasta.

Ca relevante vor fi reținute, de asemenea, și argumentele contestatoarei potrivit cărora nu există nicio obligație legală pentru executant de a achiziționa materialele de la furnizorul a cărui ofertă de preț a fost prezentată pentru a justifica prețul ofertat la data elaborării ofertei.

Consiliul va reține, de asemenea, în soluționare că argumentul autorității contractante de a solicita documentele în discuție, respectiv efectele apariției pandemiei, este un argument nejustificat, întrucât în domeniul construcțiilor, activitatea nu a fost grav afectată, ba, mai mult decât atât prețurile sunt menținute aproximativ la același nivel cu cele din perioada elaborării și depunerii ofertelor în prezenta procedură de atribuire iar cel de-al doilea argument, respectiv scurgerea unei perioade îndelungate de la data depunerii ofertelor, de asemenea, este unul neîntemeiat, întrucât derularea procedurii de atribuire pe o perioadă atât de lungă de timp se datorează în exclusivitate modului de evaluare a ofertelor și a nerespectării prevederilor legale în materia achizițiilor publice, fapt confirmat de inclusiv de instanța de recurs.

Pe de altă parte, operatorii economici care au depus oferte nu se plâng de faptul că ofertele lor nu mai sunt actuale ci dimpotrivă insistă în finalizarea procedurii.

Prin urmare, se impune ca la reevaluarea ofertelor să se țină seama de documentele depuse de ofertanți la momentul depunerii ofertelor raportat la prevederile documentației de atribuire, orice trimitere la solicitarea de clarificări formulată după emiterea Hotărârii nr.430/19.05.2020 a Curții de Apel București, urmând a fi considerată nelegală”.

Prin urmare, Consiliul va reține că legat de criticile formulate referitoare la ofertele aduse în justificarea prețului ofertat există autoritate de lucru judecat, astfel încât se constată că, în mod corect autoritatea contractantă a pus în aplicare decizia CNSC, împrejurare față de care criticile vor fi respinse. Decizia nr. a rămas definitivă prin nerecurare. Chiar dacă societatea contestatoare nu a fost parte în dosarul respectiv, efectul pozitiv al autorității de lucru judecat prevăzut de art. 431 alin. (2) din C.P.C se aplică și acesteia având legătură cu cauza. În acest sens Consiliul reține că art. 431 alin. (2) din Codul de proc.civ. stabilește că *„(2) Oricare dintre părți poate opune lucrul anterior judecat într-un alt litigiu, dacă are legătură cu soluționarea acestuia din urmă”.*

Este criticată de asemenea oferta de preț de la Sistem Construct 2007 SRL pentru enzima tip EARTHZYME care este sub condiție și prin urmare, în opinia sa, nu este o ofertă fermă.

În susținerea criticii contestatoarea arată că SC S...SRL punctează în oferta de preț faptul că deține acord tehnic pentru acest produs și pentru procedeul de aplicare al acestui produs, pe care le va pune la dispoziția SC ...SRL în momentul adjudecării, iar vânzarea și asistența la aplicarea produselor se face doar prin încheiere de contracte ferme cu această societate.

Contestatoarea invocă faptul că la data depunerii ofertelor, la construirea ofertei financiare și la justificare acesteia din punct de vedere economic, ofertantul declarat câștigător nu deținea Acord tehnic pentru enzima pentru stabilizare și implicit nu avea clar procedeul de aplicare al acesteia, indicând că în caietul de sarcini la punctul 14 este prevăzut că *„Ofertanții vor prezenta documente justificative (acorde tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru soluțiile oferite...”.*

Consiliul constată că în aceeași situație se află situația referitoare la acordurile tehnice pentru enzima tip EARTHZYME, existând autoritate de lucru judecat, întrucât CNSC s-a pronunțat prin Decizia nr. 1331/932,1292 din 07.08.2019, astfel:

„Un ultim argument precizat de către autoritatea contractantă în adresa de comunicare a rezultatului procedurii de atribuire este acela că răspunsul este neconcludent întrucât din corespondența purtată între autoritatea contractantă și SC SRL ar rezulta că la momentul depunerii ofertei SC ...SRL nu avea cum să dețină Acord Tehnic 004-07/1484-2016 pentru produsul EARTHZYME și nici Avizul tehnic în mod

legal și nici nu avea susținerea pentru livrarea produsului de către furnizorul SC

Însă, din analiza documentele prezentate de către părți rezultă că în situația în care Asocierea din care face parte SC ...SRL a prezentat *Agreement Tehnic 004-07/1484-2016* și ca urmare a solicitării de clarificări a prezentat și *Avizul tehnic* al acestuia, autoritatea contractantă trebuia să se asigure, în cazul unei suspiciuni, că ofertantul a obținut în mod corect documentele în discuție, fiind singurul în măsură să facă o astfel de dovadă, cum a dovedit de altfel anexând contestației corespondența purtată cu titularul *Agreementului* din care rezultă că a primit atât *Agreementul*, *Avizul tehnic* cât și oferta fermă de preț.

Consiliul constată că printr-o solicitare de clarificări cu privire la modalitatea în care este capabil să furnizeze produsul *EARTHZYME* cu *Agreement tehnic* însoțit de *Avizul tehnic* al acestuia ar fi obținut informații și documente care dovedeau faptul că între SC ...SRL și SC ... SRL a existat atât corespondență cât și punerea la dispoziție ofertantului SC ...SRL atât a unei oferte de preț cât și a *Agreementului tehnic* însoțit de *Aviz tehnic*, documente care se găsesc în prezent la dosarul cauzei.

În acest context, Consiliul constată că decizia de respingere a ofertei a fost luată, în mod greșit, doar pe baza informațiilor obținute de la titularului *Agreementului tehnic* și nu prin solicitarea unor clarificări ofertantului potrivit obligației stabilită în sarcina autorității contractante de art. 134 alin. (2) din HG nr. 395/2016, și, așa cum de altfel comisia de evaluare are ca atribuție obligația de a stabili și solicita clarificări, conform art. 127 alin. (1) lit. i) din același act normativ.

Autoritatea contractantă invocă faptul că SC ... nu i-a pus la dispoziție *Agreementul tehnic*, arătând că *Agreementul tehnic* nu ar fi fost «transmis» către niciunul dintre ofertanți.

Autoritatea contractantă tratează această «transmitere» nu ca o punere la dispoziție a documentului de *agrementare* a produsului, ci ca o transmitere, cedare, respectiv «deținere în mod legal» a acestuia, aspect care excede documentației de atribuire, Astfel, *agrementarea* materialelor de construcții inpusă de prevederile Legii nr. 10/1995 privind calitatea în construcții stabilește la art. 12 că «(1) *Agreementele tehnice în construcții stabilesc, în condițiile prezentei legi, aptitudinea de utilizare, condițiile de fabricație, de transport, de depozitare, de punere în operă și de întreținere a acestora.*

(2) *La lucrările de construcții care trebuie să asigure nivelul de calitate conform cerințelor se vor folosi produse, procedee și echipamente tradiționale, precum și altele noi pentru care există agreemente tehnice corespunzătoare».*

Nici legislația și nici documentația de atribuire nu impune deținerea de către ofertant a *agreementului*, ci doar folosirea materialelor *agreementate*, **cumpărarea și punerea în operă a materialelor respective fiind obligația executantului”.**

Astfel, Consiliul constată că în mod corect a pus în executare decizia Curții de Apel ... cu privire la oferta depusă de Asocieria SC ...SRL – SC ...SRL, iar hotărârea instanței nu poate face obiectul unei alte judecăți.

Mai mult decât atât, în condițiile în care contestatoarea se considera vătămată prin decizia emisă de CNSC avea dreptul de a formula plângere împotriva acesteia, având în vedere că avea calitatea de ofertant participant la procedura de atribuire iar decizia se publică în SEAP și era direct interesată de orice decizie atât a autorității contractante cât și a Consiliului cu privire la modul de evaluare a ofertelor în cadrul procedurii de atribuire.

În lipsa unui astfel de demers, contestatoarea și-a asumat și acceptat punerea în aplicare a deciziei așa cum a fost pronunțată și menținută de către Curtea de Apel București în partea referitoare la oferta Asocierii SC ...SRL – SC ...SRL, căpătând astfel autoritatea de lucru judecat în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Contestatoarea consideră că și contractul nr. 365/05.03.2019 pentru mașina de trasat benzi este unul sub condiție și nu poate fi avut în vedere în justificarea prețului. Precizează că în condițiile în care în conținutul acestuia este menționat că produce efecte numai în cazul adjudecării procedurii înseamnă că acest document nu are nicio relevanță în privința ofertei depuse de ofertantul declarat câștigător, invocând în susținerea criticilor dispozițiile art. 136 alin. (2) din HG nr. 395/2016.

Consiliul va respinge ca nefondată critica având în vedere că societatea cu care ofertantul a încheiat contractul de închiriere își exprimă acordul cu privire la închirierea utilajului doar dacă ofertantul va fi declarat câștigător, astfel de condiții fiind folosite în cazul procedurilor de achiziție publică, în condițiile în care închirierea depinde de un eveniment viitor și incert, respectiv de câștigarea sau nu a procedurii de atribuire de către societatea care dorește să închirieze utilajul.

Ar fi lipsit de rațiune și neeconomic ca un ofertant să încheie un contract de închiriere în derulare la momentul depunerii ofertei în condițiile în care nu are certitudinea că oferta s va fi declarată câștigătoare și va deveni executatul lucrărilor astfel încât să aibă nevoie să mai închirieze utilaje și echipamente pentru acest contract. Astfel, chetuilile ocazionate cu plata chiriei ar aduce un prejudiciu ofertantului, iar ca un caz particular în cazul prezentei proceduri de atribuire ofertatul ar fi fost în situația de a plăti nejustificat chirie pe utilaj pe o perioadă de 2 ani fără a-l folosi.

Nu se poate reține că documentul depus nu are relevanță în analiza prețului neobișnuit de scăzut, contrar aprecierii contestatoarei, acesta este un document concludent, care dovedește relația contractuală dintre societatea care și-a manifestat disponibilitatea de a închiria utilajul și ofertant.

Mai mult decât atât, Consiliul reține că într-adevăr mașina de trasat benzi nu este un utilaj solicitat de către autoritatea contractantă prin caietul de sarcini însă ofertantul l-a considerat necesar în executarea lucrărilor, având în vedere că este vorba despre lucrări de modernizare străzi, iar pentru a proceda în mod similar ca în cazul celorlalte utilaje și echipamente a prezentat un documente din care rezultă modalitatea de deținere a acestuia în cazul în care oferta s-a va fi declarată câștigătoare, chiar dacă este un angajament de închiriere sub condiție de vreme ce aceasta nu afectează scopul în sine, respectiv deținerea prin închiriere a utilajului respectiv la momentul începerii lucrărilor.

Astfel, față de cele constatate anterior, Consiliul constată caracterul nefondat al contestației formulată de SC ...SRL, motiv pentru care în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016 o va respinge ca nefondată.

În ceea ce privește cererea privind cheltuielile de judecată, având în vedere decizia de respingere ca nefondată a contestației Consiliul va respinge și această cerere.

Având în vedere caracterul nefondat al contestației formulată de SC ...SRL, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

Analizând cea de a doua contestație, formulată de SC ...SRL a criticat decizia autorității contractante de a declara câștigătoare oferta depusă de Asocieria SC ...SRL – SC ...SRL cât și oferta clasată pe locul al doilea, respectiv oferta depusă de Asocieria SC ...SRL – SC ...SRL, decizie considerată netemeinică și nelegală, fiind emisă cu încălcarea caracterului obligatoriu al documentației de atribuire și a principiului tratamentului egal.

În susținerea criticilor contestatoarea invocă prevederile cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice din fișa de date a achiziției potrivit căror:

„Propunerea tehnică elaborată de ofertant va respecta în totalitate cerințele prevăzute în Caietul de Sarcini. Propunerea tehnică trebuie să reflecte asumarea de către ofertant a tuturor cerințelor/obligațiilor prevăzute în caietul de sarcini. (...)

14. Ofertanții vor prezenta documente justificative (agreement tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru soluțiile tehnice oferite”.

Mai arată de asemenea că potrivit documentației de atribuire, așa cum a fost clarificată, la întocmirea propunerii tehnice ofertanții aveau obligația de a avea în vedere că structura sistemului rutier trebuie să fie prevăzută cu un strat din pământ stabilizat cu soluții enzimatice.

Raportat la acestea prevederi contestatoarea arată că cerința deținerii agreementului tehnic pentru procedeul realizării stratului din pământ stabilizat cu soluții enzimatice nu este îndeplinită de niciunul dintre ofertanții clasati pe primele două locuri în cadrul prezentei proceduri de atribuire.

Cu privire la oferta declarată câștigătoare, respectiv Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL, contestatoarea critică faptul că pentru a face dovada admisibilității ofertei din perspectiva acordurilor pentru soluțiile tehnice oferite acest ofertant a prezentat doar Acordul tehnic 004-07/1484-2016 – ..., fără a depune documente justificative care, în conformitatea cu prevederile Legii nr. 10/1995, să arate că ofertantul desemnat câștigător este titularul unui acord pentru punerea în operă a produsului enzimatic.

Având în vedere că o critică identică a fost invocată și de contestatoarea SC ...SRL, Consiliul urmează să o respingă pentru aceleași considerente avute în vedere în soluționare cu ocazia contestației anterioare.

Consiliul va reține ca relevante în soluționare și susținerile intervenientei potrivit cărora în afară de furnizorii/producătorii de soluții enzimatică existenți pe piața din România, nu există vreun executant/alt operator care să fie titular al acordului tehnic pentru procedeul de punere în operă al enzimei. Or, dacă s-ar merge pe raționamentul contestatoarei ar însemna că toate lucrările de stabilizare de sol cu soluții enzimatică efectuate până în prezent au fost executate doar de producătorii/furnizorii de soluții enzimatică, ceea ce este fals și ar limita drastic competiția.

Va fi reținute în soluționare și argumentul intervenientei potrivit căruia susținerea prețurilor unitare, care sunt neajustabile, va fi în sarcina ofertantului, și nu în sarcina furnizorilor.

În ceea ce privește documentul depus de către contestatoare, respectiv adresa nr. 38/19.03.2021, emisă la cererea SC ...SRL de către furnizorul SC SRL, Consiliul apreciază că aceasta îmbracă caracterul unei concurențe neloiale, a unei înțelegeri ulterioare datei de depunere a ofertelor dintre două societăți comerciale cu scopul vădit de eliminare din competiție, din cadrul prezentei proceduri de atribuire, a unui ofertant care la data depunerii ofertelor avea din partea furnizorului pentru enzima tip EARTHZYME, un angajament ferm ca în cazul declarării câștigătoare a procedurii de atribuire să furnizeze produsul, angajament care nu era limitat de o dată de valabilitate.

În ceea ce privește oferta depusă de SC ...SRL, clasată pe locul al doilea, contestatoarea arată că pentru a face dovada îndeplinirii cerinței de la punctul IV.4.1 Modul de prezentare a propunerii tehnice din fișa de date a achiziției, subpunctul 14, a depus Acord tehnic 004-07/1492-2016, produs chimic pentru stabilizarea drumurilor de pământ ..., acord care aparține furnizorului

Mai arată că din verificarea site-ului oficial CTCP <https://ctpc.ro/acorduri.html> rezultă că în niciuna dintre listele cu acorduri tehnice pentru anii 2016, 2017, 2018, 2019, 2020 niciunul dintre membrii asocierii nu figurează a fiind posesorul unui acord de punere în operă a soluției enzimatică, apreciind că acest ofertant nu

are capacitatea legală de a executa lucrările ce fac obiectul acestui contract.

În soluționarea criticilor Consiliul are în vedere că potrivit fișei de date a achiziției, cap. IV.4.1 Modul de prezentare al propunerii tehnice, autoritatea contractantă a stabilit la punctul 14 că:

„Ofertanții vor prezenta documente justificative (agreement tehnice, certificate constatatoare, etc) pentru soluțiile tehnice oferite”, nefiind solicitat agreement pentru punerea în opera a soluției enzimatică, situație în care ofertanții nu aveau obligația prezentării unui astfel de document.

Documentația de atribuire nefiind contestată, prevederile acesteia au devenit obligatorii atât pentru ofertanți, care au obligația întocmirii ofertei conform prevederilor acesteia, potrivit art. 123 alin. (1) din HG nr. 395/2016 care stabilesc că *„Ofertantul elaborează oferta în conformitate cu prevederile documentației de atribuire”,* cât și pentru autoritatea contractantă, care are obligația evaluării ofertelor raportat la prevederile documentației de atribuire.

De altfel, inclusiv cu privire la prevederile documentației de atribuire referitoare la agreemente, Consiliul s-a pronunțat prin Decizia nr. 1331/932,1292 din 07.08.2019 prin care a stabilit că *„Nici legislația și nici documentația de atribuire nu impune deținerea de către ofertant a agreementului, ci doar folosirea materialelor agreementate, cumpărarea și punerea în operă a materialelor respective fiind obligația executantului”,* decizie rămasă definitivă ca urmare a Hotărârii Curții de Apel București nr. 682/2019 din data de 01.10.2019, prin care a fost menținută partea din Decizia CNSC referitoare la criticile formulate cu privire la oferta Asocierea SC ...SRL – SC ...SRL.

Astfel, față de cele reținute anterior, în temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, Consiliul constată că decizia autorității contractante s-a dovedit întemeiată, motiv pentru care va respinge ca nefondată și contestația formulată de SC ...SRL în contradictoriu cu

Având în vedere caracterul nefondat al contestației formulată de SC ...SRL, Consiliul va admite cererea de intervenție formulată de SC ...SRL.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, respinge ca nefondate contestațiile formulate de către SC ...SRL și SC ...SRL în contradictoriu cu

Admite cererile de intervenție formulate de SC ...SRL.

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

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în șase exemplare, conține 59 (cincizecișinouă) pagini.