



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

Str. Stavropoleos nr. 6, sector 3, București, cod poștal 030084, România
Tel: +4 021.310.46.41 Fax: +4 021.890.07.45 și +4 021.310.46.42 www.cnscl.ro

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

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația nr. 1450/10.04.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 12995/10.04.2017, înaintată de SC ... SRL, cu sediul în ..., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., CIF ..., reprezentată legal de ..., având adresa de corespondență în ..., formulată împotriva rezultatul privind evaluarea financiară a ofertelor, transmis cu adresele nr. 5384/29.03.2017 (pentru lotul 1), nr. 5387/29.03.2017 (pentru lotul 4) și nr. 5389/29.03.2017 (pentru lotul 5), emise de ..., cu sediul în ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii simplificate organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări „...”, cod CPV: ..., inițiată prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., s-a solicitat Consiliului să dispună anularea comunicărilor privind analiza financiară a ofertelor, transmise cu adresele nr. 5384/29.03.2017 (pentru lotul 1), nr. 5387/29.03.2017 (pentru lotul 4) și nr. 5389/29.03.2017 (pentru lotul 5) – comunicări intermediare emise în baza art. 65 alin. (3) din HG nr. 395/2016 – precum și a tuturor documentelor care au stat la baza emiterii acestora.

Prin adresa nr. 506/20.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 14692/20.04.2017, SC ... SRL, cu sediul ..., înregistrată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ..., având CUI ..., reprezentată legal prin ... – administrator, a formulat o cerere de intervenție principală, prin care solicită Consiliului respingerea ca nefondată și neîntemeiată a contestației înaintată de SC ... SRL.

Contestația și cererea de intervenție vor fi soluționate împreună, având în vedere dispozițiile art. 67 alin. (1) și ale 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 contestația de față, prin care SC ... SRL atacă rezultatul privind evaluarea financiară a ofertelor, transmis cu adresele nr. 5384/ 29.03.2017 (pentru lotul 1), nr. 5387/29.03.2017 (pentru lotul 4) și nr. 5389/ 29.03.2017 (pentru lotul 5), emise de ..., în calitate de autoritate contractantă, în cadrul procedurii mai sus amintite, solicitând cele menționate în partea introductivă.

Contestatoarea arată că, prin adresele de mai sus, autoritatea contractantă i-a comunicat finalizarea analizei ofertelor financiare și declararea ofertei sale ca inacceptabilă, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (3) din HG nr. 395/ 2016, deoarece răspunsul la clarificări a fost neconcludent.

Față de decizia autorității contractante, arată că a formulat notificarea prealabilă nr. 1393/31.03.2017, la care autoritatea contractantă a răspuns cu adresa nr. 5782/05.04.2017, comunicând că nu va lua nicio măsură de remediere. SC ... SRL apreciază nelegală modalitatea de evaluare a ofertelor sale, respectiv a răspunsurilor la solicitările de clarificări.

Referindu-se la analiza de preț și la justificarea prețului pentru mixturile asfaltice, contestatoarea afirmă că a depus o ofertă conformă cu respectarea prevederilor caietului de sarcini, după cum reiese și din răspunsul autorității contractante la notificarea prealabilă, în care menționează: „Din analiza de preț a mixturilor asfaltice, verificată de membrii comisiei de evaluare prin raportare la caietul de sarcini, rezultă că au fost respectate limitele admise privind conținutul de cantități [...]”.

Contestatoarea consideră că, în mod eronat, autoritatea contractantă a apreciat că nu a justificat prețul ofertat la mixtura asfaltică BA 16, întrucât în propunerea financiară s-a ofertat prețul de 115 lei/tonă, iar justificările de preț depuse în clarificare au fost raportate la un cost de producție de 100,64 lei/tonă, bazat pe ofertele de preț primite de la principalii furnizori, atașate răspunsului la solicitarea de clarificări.

De asemenea, susține că, în elaborarea propunerilor sale financiare, a avut în vedere ofertele și documentele de achiziție a materialelor din ultima perioadă, precum și un maxim al prețului pieței pentru aceste articole (în condițiile în care în viitor prețurile/ofertele pe care le deține în prezent ar suferi fluctuații/majorări) și a cuprins în cadrul prețului total ofertat o medie a acestor valori, cu luarea în considerare a posibilelor fluctuații pe piață, raportat la durata de timp până la semnarea contractului de achiziție publică, precum și durata de execuție a contractului.

Diferența de preț, sancționată de autoritatea contractantă (14,37 lei), este de fapt „precauția” pe care a avut-o în vedere față de posibilele majorări ale prețului materialelor încorporate în produsul finit (mixtura BA16).

SC ... SRL susține că decizia comisiei de evaluare în ceea ce o privește este bazată pe o analiză superficială și subiectivă a clarificărilor aduse, motiv pentru care consideră nu doar nelegală, ci și absurdă

interpretarea dată justificărilor prezentate ca răspuns la solicitarea de clarificări, în condițiile în care scopul clarificării era justificarea faptului că este în măsură să susțină prețul ofertat pentru mixturi asfaltice (115 lei/tonă).

Or, prezentarea justificată a unui cost sub cel ofertat, bazată pe oferte de la furnizori pentru materia primă și calitatea de producător a sa pentru produsul finit, care justifică o valoare mai mică decât cea ofertată, cu atât mai mult justifică o valoare mai mare și prin raportare la principiul „*qui potest maius, potest et minus*” (cine poate mai mult, poate și mai puțin). În acest sens, invocă opinia separată din cadrul Deciziei CNSC nr. 661/C2/539/28.03.2017.

Prin prisma interesului public care trebuie satisfăcut prin utilizarea fondurilor publice, solicitarea de lămuriri suplimentare se impune cu forța evidenței, fiind prealabilă unei soluții de declarare a ofertei ca neconformă, fără solicitarea vreunei lămuriri suplimentare.

Referitor la agregatele de balastieră și carieră (certificate de conformitate), contestatoarea consideră că motivele de inacceptabilitate a ofertei sale, invocate în această etapă de către autoritatea contractantă, sunt nelegale și lipsite de temei.

În comunicările privind finalizarea evaluării financiare a ofertelor, ... a menționat ca singur motiv de inacceptabilitate faptul că „nu ați respectat prețul din oferta financiară depusă [...] s-a constatat o diferență de 14,37 lei care nu se regăsește în documentele depuse de ofertant pentru justificarea prețului [...]”.

Pe calea răspunsului la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă găsește de cuvânt să "reevalueze din mers" oferta sa (inițial conformă sub toate aspectele, îndeplinind cerințele caietului de sarcini) și să indice/aducă argumente în plus de neconformitate/inacceptabilitate, motivând în plus decizia luată.

Astfel, prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă îi impută și faptul că, pentru produsele de carieră și balastieră, s-a depus ofertă de preț de la furnizorul ... „pentru care [...] nu ați depus certificate de conformitate, cu atât mai mult cu cât ați menționat în propunerea dvs. Tehnică [...] Toate materialele care se pun în operă vor fi însoțite de certificate de calitate care se anexează în cartea construcției [...]”. Contestatoarea consideră rău intenționată și nelegală această motivare suplimentară, în faza de răspuns la notificarea prealabilă.

Imputarea unei culpe raportat la faptul că nu au fost prezentate în ofertare documente de calitate pentru materialele ce se vor pune în opera, în opinia sa, nu este justificată, nici din caietele de sarcini și nici din solicitarea de clarificări nr. 4558/16.03.2017 nereieșind această obligativitate.

SC ... SRL arată că s-a obligat, în etapa de ofertare ca pentru materialele care se vor pune în opera, să depună/ prezinte certificate de calitate care se vor anexa în cartea construcției, însă aceste certificate însoțesc transporturile, se obțin în faza de execuție, menționează sortul la

care se referă, locația de unde se aprovizionează, locul unde se pun în opera etc.

SC ... SRL susține că, în aceeași modalitate subiectivă și tendențioasă, autoritatea contractantă invocă după finalizarea evaluării financiare, fără nicio relevanță în această etapă de evaluare, incidența prevederilor art. 166 din HG nr. 395/2016, respectiv art. 167 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, opinează că, dacă ar fi fost incidente aceste prevederi legale, autoritatea contractantă ar fi trebuit s-o excludă de la procedură încă din faza DUAE. Neprocedând astfel, presupune că elementele, condițiile cumulative pentru a o exclude nu erau întrunite, după cum nici nu sunt de fapt.

În condițiile în care nu există acte ale autorității care să revoce procesul verbal emis cu ocazia evaluării DUAE, pe care le-a comunicat în termenele legale pentru a se putea apăra, invocarea și imputarea unor presupuse motive de neîndeplinire conformă a obligațiilor contractuale ulterioare evaluării ofertei sale sub aspectul îndeplinirii condițiilor de eligibilitate nu pot fi reținute acum, în faza finală a procedurii, cu atât mai mai mult cu cât acestea ne-au fost transmise pe calea răspunsului la notificarea prealabilă și nu în cadrul comunicărilor intermediare.

Prin adresa nr. 6412/13.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 13824/13.04.2017, ... a transmis punctul său de vedere referitor la contestația înaintată de SC ... SRL, solicitând Consiliului respingerea acesteia ca neîntemeiată.

După data și ora limită de depunere a ofertelor în SEAP, autoritatea contractantă arată că a procedat la evaluarea ofertelor depuse, printre care și ale contestatoarei SC ... SRL.

În acest sens, menționează că, înainte de a proceda la verificarea DUAE a contestatoarei, comisia de evaluare a avut cunoștință de faptul că aceasta se afla în situația de excludere conform art. 166 alin. (8) din HG nr. 395/2016 coroborat cu art. 167 lit. g) și art. 171 din Legea nr. 98/2016, astfel, prin adresa nr. 18139/06.12.2016 și adresa nr. 18193/07.12.2016, solicitând Serviciului Juridic Contencios Administrativ și Direcției Economice să comunice dacă la documentele constatatoare emise la contractele de servicii nr. 51/12.05.2016; 52/12.05.2016; 53/12.05.2016; 54/12.05.2016 au fost constatate prejudicii și dacă SC ... SRL a efectuat plata despăgubirilor, așa cum este menționat la art. 171 din Legea nr. 98/2016.

Serviciului Juridic Contencios Administrativ a comunicat comisiei de evaluare faptul că autoritatea contractantă nu se află în litigiu cu contestatoarea, iar Direcția Economică a transmis că ofertantului i-au fost calculate penalități pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale, în sumă de 2.339,28 lei, care au fost achitate în data de 31.08.2016.

Astfel comisia de evaluare a întocmit un proces-verbal de evaluare, în care a fost consemnat faptul că documentele DUAE sunt admise pentru toate cele 3 loturi la care a participat și se trece la următoarea etapă, respectiv la verificarea propunerii tehnice.

În urma evaluării propunerii tehnice, comisia de evaluare a constatat că nu se regăsesc în propunerile tehnice aferente loturilor pentru care au fost depuse ofertele următoarele:

- Lot 1 - ... - remedieri nu au fost găsite experiența similară, durata de execuție și garanția lucrării;

- Lot 4 - ... nu au fost găsite experiența similară, procedurile de execuție pentru plombări cu mixtură, plombări prin stropiri succesive și asanare suprafețe burdușite;

- Lot 5 - ... nu au fost găsite experiența similară, procedurile de execuție pentru plombări cu mixtură, plombări prin stropiri succesive și asanare suprafețe burdușite.

Comisia de evaluare a considerat necesar a se transmite o solicitare de clarificări pentru loturile 1, 4 și 5, înregistrată cu nr. 1010/19.01.2017, încărcate în SEAP la Secțiunea/Întrebări aferentă fiecărui lot în parte.

Contestatoarea a răspuns prin adresele 313/25.01.2017, astfel propunerea tehnică fiind declarată conformă pentru toate cele trei loturi.

Au fost transmise comunicări privind etapa următoare, respectiv etapa de decriptare din SEAP a propunerii financiare pentru loturile 1, 4 și 5, unde au fost constatate de către comisia de evaluare:

- pentru Lotul 1, prețul ofertat este de 291.968,55 lei, fără TVA, reprezentând un procent de 70% din valoarea estimată;

- pentru Lotul 4, prețul ofertat este 1.196.675,25 lei, fără TVA, reprezentând un procent de 59% din valoarea estimată;

- pentru Lotul 5, prețul ofertat este 848.356,54 lei, fără TVA, reprezentând un procent de 64% din valoarea estimată.

Comisia de evaluare a considerat necesar să solicite clarificări tuturor operatorilor economici, inclusiv contestatoarei, care au prezentat un preț neobișnuit de scăzut raportat la lucrările care constituie obiectul contractului de achiziție publică, acestea fiind mixtura BA16 și emulsie EBCR (emulsie bituminoasă cationică cu rupere rapidă).

După ce reproduce răspunsul la solicitarea de clarificări a contestatoarei pentru Loturile 1, 4 și 5, autoritatea contractantă precizează că, la justificarea prețului pentru mixtura asfaltică BA 16, SC ... SRL nu a respectat prețul din oferta financiară depusă și anume 115 lei/tonă pentru mixtura asfaltică BA 16, din calculul prezentat la justificarea prețului rezultând valoarea de 100,64 lei/tonă pentru mixtura asfaltică BA 16, constatându-se o diferență de 14,37 lei, care nu se regăsește în documentele depuse de ofertant pentru justificarea prețului

În calculul prezentat se regăsesc prețuri la materiale (agregate de balastieră și de carieră) de la furnizorul SC ...SRL care a prezentat și oferta de preț pentru materialele sus menționate.

În propunerea tehnică a SC ... SRL au fost prezentate certificate de conformitate de la cu totul alți furnizori și anume:

- Pentru Lotul 1 și Lotul 4:
 - SC ... SRL - Agregate de carieră (cribluri, nisip de concasaj, piatră spartă) - ...;
 - SC ... SRL - Agregate de balastieră - ...

- Pentru Lotul 5:
 - SC ... SRL - Agregate de carieră (cribluri, nisip de concasaj, piatră spartă) - ...;
 - SC ... SRL - Agregate de carieră (cribluri, nisip de concasaj,) - ...;
 - SC ... SRL - Agregate de balastieră -

Pentru materialele care se utilizează la fabricarea mixturii BA 16, SC ... SRL nu a depus certificatele de conformitate ale SC ...SRL.

Astfel, comisia de evaluare a declarat în mod corect, respectând principiile care stau la baza Legii nr. 98/2016 privind achizițiile publice, oferta financiară depusă de SC ... SRL ca fiind neconformă, comisia apreciind ca justificarea să fie făcută pe prețul ofertat de 115 lei/t, nefiind concludent faptul că ofertantul justifică 100,64 lei/t.

Prin adresa nr. 506/20.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 14692/20.04.2017, SC ... SRL a formulat o cerere de intervenție principală, prin care solicită Consiliului:

- admiterea prezentei cereri de intervenție și calificarea ei drept una voluntară-principală;
- respingerea ca nefondată și neîntemeiată a contestației înaintată de SC ... SRL.

Intervenienta precizează că acțiunea sa are în vedere protejarea propriului interes dobândit încă de la data depunerii ofertei și conservarea avantajului competitiv rezultat în urma derulării procedurii și anume declararea ofertei sale ca fiind admisibilă și, în baza criteriului de atribuire aplicat câștigătoare a contractului de lucrări ce a făcut obiectul achiziției publice.

Preliminar, SC ... SRL aduce în atenția Consiliului aspectul referitor la încadrarea juridică a cererii de intervenție formulată în calitate de ofertant declarat câștigător al procedurii, în baza deciziei adoptată de către autoritatea contractantă, decizie în prezent contestată.

Față de contestația formulată, intervenienta înțelege să promoveze singura acțiune care-i este la îndemână și anume cererea de intervenție care, de regulă, este considerată de către CNSC a fi una accesorie și nu principală, așa cum este în opinia intervenientei, având la bază faptul că acțiunea sa, apreciată a fi cerere de intervenție principală, are menirea și singurul scop de a conserva un interes propriu (chiar și prin formularea de argumente și apărări care exced celor formulate de către autoritatea contractantă) și nu de a susține o parte litigioasă, în cazul de față autoritatea contractantă.

Interesul său în a promova o cerere de intervenție este, prin urmare, acela de a încunoștiința Consiliul de faptul că intervenientei îi sunt întrunite condițiile procedurale și legale de atribuire a contractului de achiziție publică, dat fiind caracterul nefondat și neîntemeiat al contestației promovate.

Intervenienta consideră că aprecierea acțiunii sale drept una accesorie o lezează direct, prin limitarea posibilității reale de a participa la un viitor și posibil litigiu în calea recursului, decât condiționat de

acțiunea și inacțiunea autorității contractante (care funcție de optică poate să decidă să recureze sau nu decizia CNSC).

În acest sens, face trimitere la o situație similară și anume la litigiul judecat de către Curtea de Apel Timișoara în Dosarul nr. 1303/59/2013 având ca obiect plângerea formulată împotriva Deciziei CNSC nr. ..., plângere apreciată drept inadmisibilă pentru simplul motiv că, în primă instanță (litigiul judecat de către CNSC) intervenientei i s-a recunoscut acțiunea ca fiind una accesorie și nu principală.

De asemenea, mai face referire la Decizia CNSC nr. ..., prin care Consiliul recunoaște intervenientei (aflată într-o situație similară) atributul de cerere voluntară principală/în interes propriu a acțiunii sale.

Acțiunea prezentei este promovată pentru a invoca Consiliului excepția lipsei de interes a contestatoarei SC ..., dat fiind faptul că oferta financiară a acesteia din urmă este inacceptabilă. În susținerea excepției invocate, intervenienta amintește de Decizia CNSC nr. ...

Cu raportare la cele mai sus citate, SC ... SRL solicită Consiliului să respingă, dat fiind caracterul vădit inadmisibil al ofertei contestatoarei, ca lipsite de interes motivele promovate de SC ... SRL referitoare la caracterul inacceptabil/neconform al ofertei sale.

Intervenienta solicită Consiliului să constate din analiza dosarului achiziției, a ofertei sale și a ofertei contestatoarei faptul că, în mod oportunist, SC ... SRL promovează o contestație, deși oferta sa, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (3) din HG nr. 395/2016, este declarată ca fiind inacceptabilă, încercând în a-și face proba interesului prin contestarea altor oferte care, spre deosebire de a ei, sunt admisibile.

Intervenienta precizează că, la data depunerii contestației și la modul cum aceasta a fost elaborată, contestatoarea nu este în măsură să precizeze motive concrete de inadmisibilitate ale ofertei SC ... SRL (și nici al altor oferte declarate admisibile ce o preced ca fiind conforme), ci doar menționează generic faptul că oferta nu este admisibilă/conformă sub aspect tehnic și financiar, întrucât nu ar fi respectat prevederile Caietului de sarcini și ar avea un preț nejustificat de scăzut.

Date fiind observațiile și motivele contestatoarei precizate la data promovării acțiunii, intervenienta solicită Consiliului să dea eficiență prevederilor art. 21, alin. (3) din Legea nr. 101/2016, în sensul de a nu permite contestatoarei să-și completeze petitele/motivele ulterior consultării dosarului achiziției publice la CNSC, contestatoarea având obligația, conform articolului de lege mai sus menționat să-și formuleze motivele de contestație cunoscute la data promovării acesteia, aceste motive reprezentând rațiunea conduitei sale.

Intervenienta opinează că, în procesul de evaluare a ofertelor, comisia de evaluare a aplicat un tratament egal și nediscriminatoriu ofertanților, le-a solicitat tuturor clarificări de confirmare, edificare, explicitare a ofertei, cât și clarificări pentru fundamentarea prețului ofertat, astfel că observațiile contestatoarei referitoare la o evaluare nelegală a autorității contractante și care încalcă principiul tratamentului egal sunt nefondate la fel ca și contestația acesteia.

Prin adresa nr. 1557/25.04.2017, înregistrată la CNSC cu nr. 15592/25.04.2017, SC ... SRL a transmis concluzii scrise față de punctul de vedere al autorității contractante.

Contestatoarea arată că autoritatea contractantă, în punctul de vedere, se rezumă să expună modul în care a derulat evaluarea, fără a oferi nicio explicitare sau vreun temei legal care să-i justifice conduita.

Astfel, în întreg punctul de vedere, indică modul în care a realizat justificarea prețului pentru mixturi asfaltice, respectiv faptul că ofertele depuse au indicat prețuri mai mici decât cele ofertate și concluzionează, referitor la neconformitatea ofertei sale, fără a oferi nicio explicație pentru raționamentul care a condus-o spre această concluzie.

Contestatoarea apreciază că interpretarea autorității contractante este restrictivă, obtuză și nu respectă prevederile legale în materia achizițiilor publice. În baza principiului „*qui potest maius, potest ei minus*” (cine poate mai mult poate și mai puțin) este evident că dacă ofertele de la furnizori justifică o valoare mai mică decât cea ofertată, cu atât mai mult justifică o valoare mai mare.

De asemenea, subliniază că niciunde în legislația achizițiilor nu se precizează că justificările de preț trebuie să prezinte valori identice cu cele ofertate.

SC ... SRL arată că autoritatea contractantă nu aduce absolut niciun contraargument față de criticile sale, nicio justificare care să-i susțină teza, deși deciziile Comisiei de evaluare trebuie să denote o analiză atentă a documentelor depuse și o justificare temeinică a deciziilor luate.

Contestatoarea precizează că a depus o ofertă cu respectarea prevederilor caietului de sarcini, după cum reiese și din răspunsul la notificarea prealabilă.

Prin răspunsul la notificarea prealabilă, autoritatea contractantă îi impută și faptul că, pentru produsele de carieră și balastieră, s-a depus ofertă de preț de la furnizorul ...SRL „pentru care [...] nu ați depus certificate de conformitate, cu atât mai mult cu cât ați menționat în propunerea dvs. tehnică [...] Toate materialele care se pun în operă vor fi însoțite de certificate de calitate care se anexează în cartea construcției [...]”.

În acest sens, afirmă că are mai mulți furnizori pentru materiale, aprovizionarea putându-se face la un anumit moment, de exemplu, de la cel care este cel mai aproape de locul punerii în operă. Este relevant însă faptul că și-a asumat că toate materialele care vor fi puse în operă să fie însoțite de certificatele de conformitate.

Contestatoarea consideră rău intenționată în acest moment (și nu cu ocazia evaluării ofertei tehnice, declarată conformă) și nelegală motivarea suplimentară a autorității contractante, prin care indică noi presupuse neconformități privind certificatele de conformitate.

Nici din caietele de sarcini și nici din solicitarea de clarificări nr. 4558/16.03.2017 nu a reieșit obligativitatea depunerii, în etapa de ofertare, a certificatelor de calitate/conformitate pentru materiale, aceste documente urmând a fi prezentate în momentul punerii în operă a materialelor.

SC ... SRL consideră că, prin punctul său de vedere, autoritatea contractantă abordează elemente suplimentare legate de oferta sa, care însă nu prezintă absolut nicio relevanță în cadrul acestei contestații.

Astfel, efectuarea de verificări suplimentare cu privire la DUAE sau neclaritățile privind certificatele de conformitate nu reprezintă apărări valide, cât timp autoritatea contractantă a considerat admisibil DUAE-ul depus de contestatoare, calificând-o pentru următoarea etapă, iar elementele care au determinat respingerea ofertei sale sunt cele indicate în comunicarea intermediară a rezultatului procedurii.

Față de cererea de intervenție formulată de SC ... SRL, contestatoarea consideră că intervenienta oscilează între a solicita respingerea contestației ca „nefondată” și ca „neîntemeiată” pentru ca mai apoi să motiveze incoerent o lipsă de interes datorită inacceptabilității propunerii financiare. Or, tocmai respingerea ofertei contestatoarei este motivul care a stat la baza formulării contestației astfel încât interesul său este mai mult decât evident.

Nu este necesar ca SC ... SRL să atace ofertele altor participanți la procedură cât timp, dacă oferta sa ar fi fost admisibilă s-ar fi situat pe primul loc în clasamentul ofertelor și, prin urmare, ar fi fost desemnată câștigătoare.

Eventualele critici care tangențial îi menționează pe ceilalți operatori economici se referă la respectarea de către autoritatea contractantă a principiilor nediscriminării și tratamentului egal în ceea ce privește clarificările solicitate, modul în care interpretează răspunsurile la clarificări și solicitările suplimentare pe care le formulează.

În esență, contestatoarea apreciază că cererea de intervenție depusă de SC ... SRL nu conține apărări proprii sau critici privind oferta sa ci teorii referitoare la mecanismul procedural al unei cereri de intervenție și discuții privind admisibilitatea unei astfel de cereri.

Mai mult, în condițiile în care cererea de intervenție nu conține elemente concrete privind contestația sa, contestatoarea susține că intervenienta a aplicat mecanismul „copy-paste”, preluând afirmații dintr-o altă cerere de intervenție, fără nicio legătură cu contestația sa.

Față de cele expuse, contestatoarea solicită Consiliului aplicarea controlului de legalitate și admiterea contestației sale, respectiv a capetelor de cerere arătate, întrucât autoritatea contractantă a manifestat o conduită nelegală și discriminatorie care se abate de la principiile legislației incidente.

SC ... SRL solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor de judecată constând în onorariu expert achiziții publice, conform documentelor atașate.

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

În vederea atribuirii contractului de lucrări: „...”, cod CPV: ... (Rev. 2), ..., în calitate de autoritate contractantă, a inițiat o procedură simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare nr. ..., odată cu care a postat și documentația de atribuire. Criteriul de atribuire

a contractului este „cel mai bun raport calitate-preț”, valoarea totală estimată fiind de ... lei, fără TVA.

Consiliul constată că, în cadrul aceleiași proceduri, a mai fost depusă contestația nr. 520/21.02.2017, înregistrată la CNSC sub nr. 6261/22.02.2017, înaintată de SC ... SRL, pentru *lotul 1*, soluționată prin Decizia CNSC nr. 541/C8/475 din 14.03.2017, în sensul respingerii ei ca nefondată, împotriva căreia s-a formulat plângere ce a fost respinsă de Curtea de Apel ..., prin Hotărârea nr. ..., menținându-se soluția CNSC.

În etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă a încheiat, printre altele, procesul-verbal de evaluare a propunerii financiare, în conținutul căruia a stabilit că, în urma răspunsurilor la solicitările de clarificări, *„la justificarea prețului pentru mixtură asfaltică BA 16, SC ... SRL nu a respectat prețul din oferta financiară depusă și anume 115 lei/t pentru mixtură asfaltică BA 16, din calculul prezentat .. a rezultat valoarea de 100,64 lei/t, ... unde s-a constatat o diferență de 14,37 lei care nu se regăsește în documentele depuse ...”*.

Comunicarea informațiilor de mai sus s-a efectuat, către contestatoare, cu adresele nr. 5384/29.03.2017 (lot.1), nr. 5387/29.03.2017 (lot. 4) și nr. 5389/29.03.2017 (lot. 5), în cadrul cărora autoritatea contractantă a respins oferta acesteia ca inacceptabilă, în temeiul art. 134/alin. (4) din HG nr. 395/2016.

Nemulțumită de rezultatul de mai sus, SC ... SRL a formulat contestația de față, prin care a solicitat anularea comunicărilor antemenționate, reexaminarea ofertelor sale, pentru cele trei loturi, cu declararea lor ca fiind admisibile.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că SC ... SRL, a cărei ofertă s-a clasat pe primul loc, pentru loturile 4 și 5, a înaintat cerere de intervenție, ca urmare a contestației aparținând SC ... SRL, demers ce a fost încunoștiințat părților interesate (conform dovezilor aflate la dosarul cauzei).

Prealabil aprecierii asupra admisibilității ei în principiu, Consiliul ia act de faptul că autoarea cererii de intervenție sprijină apărările autorității contractante, în sensul menținerii derulării procedurii. În consecință, cererea de intervenție în discuție îmbracă elementele unei cereri formulate în condițiile precizate la art. 17 alin. (3) din Legea nr. 101/2016, având natura unei intervenții accesorii. Caracterul accesoriu sau principal al cererilor de intervenție nu este stabilit în funcție de o eventuală cale de atac împotriva deciziei CNSC.

Considerată de Consiliu admisibilă, în principiu, cererea de intervenție, aparținând SC ... SRL, urmează a fi cercetată odată cu solicitările contestatoarei.

De asemenea, Consiliul are în vedere excepția lipsei de interes a contestatoarei invocată de intervenientă, asupra căreia se va pronunța, cu întâietate, așa cum impun dispozițiile art. 26 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia: *„Consiliul se pronunță mai întâi asupra excepțiilor de procedură și de fond, iar când constată că acestea sunt întemeiate, nu mai procedează la analiza pe fond a cauzei”*, motivat de

faptul că SC ... SRL promovează o contestație, deși oferta acesteia a fost respinsă ca inacceptabilă.

Referitor la acest aspect, Consiliul are în vedere dispozițiile art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, potrivit căreia: *„Orice persoană care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act al unei autorități contractante sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri poate solicita anularea actului, obligarea autorității contractante la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, pe cale administrativ-jurisdicțională sau judiciară, potrivit prevederilor prezentei legi.”*

De asemenea, relevante sunt și prevederile art. 3 alin. (1) lit. a) din același act normativ, respectiv: *„act al autorității contractante - orice act administrativ emis în legătură cu o procedură privind atribuirea unui contract, orice operațiune administrativă care produce sau poate produce efecte juridice, neîndeplinirea în termenul legal a unei obligații prevăzute de legislația în materie, omisiunea ori refuzul de a emite un act sau de a efectua o anumită operațiune, în legătură cu sau în cadrul procedurii de atribuire”.*

În acest context legal, Consiliul apreciază că, dată fiind calitatea SC ... SRL de participant la procedura de achiziție publică în discuție, interesul acesteia în atribuirea contractului este evident, iar faptul că autoritatea contractantă i-a declarat oferta inacceptabilă îi poate conferi calitatea de persoană vătămată ce are posibilitatea de a solicita prin contestație restabilirea stării de legalitate.

Interesul societății contestatoare, în promovarea și susținerea contestației, este unul legitim, deoarece acestea, nu numai că nu sunt contrare legii dar, sunt chiar prevăzute expres de art. 2 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, SC ... SRL fiind ofertantă la licitație, are un interes propriu în câștigarea contractului.

Pentru toate acestea, Consiliul reține că SC ... SRL are interes în susținerea contestației și că acesta este unul legitim, motiv pentru care respinge ca nefondată excepția lipsei de interes în susținerea contestației, invocată de intervenientă.

Analizând conținutul contestației, Consiliul constată că observațiile autoarei ei vizează modul în care autoritatea contractantă a decis respingerea ofertei sale ca inacceptabilă, pe motiv că există o diferență de preț de 14,37 lei, între prețul unitar al mixturii asfaltice BA 16 din oferta financiară și cel prezentat la justificarea cerută.

În soluționarea cauzei, Consiliul are în vedere faptul că, în etapa de evaluare a ofertelor, autoritatea contractantă, prin adresa nr. 4558/16.03.2017, a solicitat contestatoarei, pentru loturile 1, 4 și 5, următoarele clarificări: *„(...) Analizând propunerea financiară s-a constatat că unele elemente ... respectiv mixtură asfaltică BA 16 și emulsia EBCR ... au un preț neobișnuit de scăzut. Vă solicităm să ne justificați fundamentarea economică a modului de formare a prețului pentru mixtură asfaltică și emulsie, raportat la lucrările care constituie*

obiectul contractului de achiziție publică, conform art. 210 alin. 1 din Legea nr. 98/2016 și AND 605/2013 (revizuit 2014)”.

La această solicitare, contestatoarea a comunicat răspunsul prin adresele nr. 1173/21.03.2017 – pentru lotul 1; nr. 1174/21.03.2017 – pentru lotul 4 și nr. 1175/21.03.2017 - pentru lotul 5, conținutul lor fiind același, respectiv: „(...) depunem justificarea prețului – analiza de preț pentru *mixtură asfaltică BA 16 (...)*”, rezultând o valoare de 100,64 lei/to.

Verificând informațiile din ANALIZA DE PREȚ - *MIXTURĂ ASFALTICĂ BA 16*, Consiliul constată că sunt prezentate oferte de preț de la furnizori, ce conțin prețurile unitare pentru: criblură sort. 8-16 – 17 lei/to; criblură sort. 4-8 – 17 lei/to; nisip de concasare sort.0-4 - 6,5 lei/to; nisip sort.0-4 – 5,30 lei/tonă, filer – 132 lei/to; bitum – 1.095 lei/to. În justificare, contestatoarea a anexat, printre altele, facturi de la furnizori pentru: filer calcar, balast, sort, sort concasat etc. Aceste aspecte sunt susținute chiar de autoritatea contractantă, care, în punctul său de vedere nr. 6414/13.04.2017, înregistrat la CNSC cu nr. 13824/ 13.04.2017, a afirmat: „(...) *În calculul prezentat se regăsesc prețuri la materiale (agregate de balastieră și de carieră) de la furnizorul SC ...SRL care a prezentat și ofertă de preț pentru materialele susmenționate)*”.

De asemenea, în aceeași analiză de preț sunt prevăzute prețurile unitare pentru combustibil lichid ușor (CLU) și energie electrică, costurile cu manopera (8,74 lei/oră și 14,50 lei/oră), costurile cu utilajele însoțite de *calculații tarif unitar* pentru: instalație preparat mixturi asfaltice, încărcător frontal, tanc de bitum.

Ulterior acestor informații, autoritatea contractantă a decis, în mod incorect, respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei pe motiv că nu a respectat prețul unitar din oferta financiară depusă și anume 115 lei/to pentru mixtură asfaltică BA 16, justificând doar prețul de 100,64 lei/to, existând o diferență de 14,37 lei/to.

În stabilirea acestei concluzii, Consiliul are în vedere, pe de o parte, faptul că societatea contestatoare a depus documente care confirmă prețul unitar pentru elementele componente ale mixturii asfaltice, precum și costurile cu energia, mâna de lucru etc., așa cum au fost enumerate mai sus, iar pe de altă parte, că aceasta are calitatea de „producător” al acestei mixturi, conform afirmației sale din cadrul contestației.

S-ar fi putut pune problema unei justificări defectuoase în condițiile în care prețul unitar din propunerea financiară ar fi fost mai mic decât cel rezultat din analiza de preț (care reprezintă prețul de producție), cunoscut fiind faptul că pentru a vinde/pune pe piață un produs al cărui preț unitar este sub cel achiziționat, trebuie să existe o justificare legală (discount-uri, perimare, insolvență etc.). Or, în cazul de față, contestatoarea produce mixtura asfaltică în discuție, astfel că este liberă să comercializeze acest produs cu un preț unitar mai mare decât cel de producție pe care l-a justificat, diferența de 14,37 lei, la care se raportează autoritatea contractantă, reprezentând: cota de profit, care nu are un nivel minim sau maxim, eventuale fluctuații ale prețurilor unitare materiilor prime folosite, modificări salariale etc.

Prin urmare, Consiliul apreciază că justificarea prezentată de societatea contestatoare, pe acest aspect, este corectă, astfel că nu sunt incidente dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, invocate de autoritatea contractantă, în respingerea, ca inacceptabilă, a ofertei SC ... SRL.

De altfel, Consiliul are în vedere și faptul că autoritatea contractantă nu a adus niciun argument care să combată cele susținute de contestatoare, respectiv să prezinte elemente concrete care să conducă la decizia de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei societății contestatoare, ci s-a limitat doar să afirme că prețul unitar la mixtură asfaltică BA 16, justificat prin analiză de preț (100,64 lei/to), este mai mic decât cel din propunerea financiară (115 lei/to), existând o diferență de 14,37 lei.

În ceea ce privește motivele suplimentare de respingere a ofertei contestatoarei, pe care autoritatea contractantă le-a menționat, atât în cadrul răspunsului la notificarea prealabilă nr. 5782/05.04.2017, cât și punctul său de vedere, 6414/13.04.2017, înregistrat la CNSC cu nr. 13824/13.04.2017, Consiliul le respinge ca inadmisibile.

În justificarea acestei concluzii, Consiliul are în vedere definiția „notificării prelabile”, potrivit art. 3 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 101/2016, astfel: *„notificare prealabilă - cererea prin care se solicită autorității contractante reexaminarea unui act al autorității contractante, în sensul revocării sau modificării acestuia”,* precum și dispozițiile art. 6 alin. (1) din același act normativ, care stabilesc următoarele: *„(...) , persoana care se consideră vătămată are obligația să notifice autoritatea contractantă cu privire la solicitarea de remediere, în tot sau în parte, a pretinsei încălcări a legislației privind achizițiile publice sau concesiunile, în termen de: (...)”.*

De asemenea, relevante sunt și prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, potrivit cărora: *„Persoana care se consideră vătămată de răspunsul primit la notificarea prealabilă sau care nu a primit niciun răspuns în termenul prevăzut la art. 6 alin. (4), precum și oricare persoană care se consideră vătămată de măsurile de remediere adoptate de autoritatea contractantă poate sesiza Consiliul în vederea anulării actului autorității contractante, obligării acesteia la emiterea unui act sau la adoptarea de măsuri de remediere, precum și pentru recunoașterea dreptului pretins sau a interesului legitim, în termen de: (...)”*.

Având în vedere normele legale de mai sus, precum și obligația autorității contractante de a preciza în cadrul comunicării rezultatului procedurii *„motivele concrete care au stat la baza”* deciziei de respingere, ca inacceptabilă, a ofertei contestatoarei, așa cum impun dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 101/2016, este evident că orice alt/alte motiv/motive de respingere a ofertei, care nu regăsește/regăsesc în adresa de comunicare a rezultatului procedurii, nu poate/pot fi luat/luate în considerare, el/ele neputând face obiectul notificării prelabile, așa cum impune legislația în vigoare din domeniul achizițiilor publice.

Luând în considerare aspectele de fapt și de drept mai sus evocate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, pentru

considerentele evocate în motivare, Consiliul admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează *Procesul-verbal de evaluare a Propunerii financiare* nr. 5341/28.03.2017, în partea ce privește analiza propunerii financiare a contestatoarei, precum și actele subsecvente lui.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei, cu reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, conform celor precizate în motivare.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC ... SRL a sumei de 2.000 lei, reprezentând „contestație CJA lot 1, 4 și 5 (notificare prealabilă și contestație)”, conform facturii nr. 186/ 12.04.2017.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție înaintată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și poate fi atacată cu plângere, în temeiul art. 29 alin. (1) din același act normativ.

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

CONSILIUL DECIDE:

Încuviințează, în principiu, cererea de intervenție înaintată de SC ... SRL.

Respinge, ca nefondată, excepția lipsei de interes, invocată de intervenientă.

Admite contestația formulată de SC ... SRL, în contradictoriu cu autoritatea contractantă ..., și anulează *Procesul-verbal de evaluare a Propunerii financiare* nr. 5341/ 28.03.2017, în partea ce privește analiza propunerii financiare a contestatoarei, precum și actele subsecvente lui.

Obligă autoritatea contractantă la continuarea procedurii de atribuire în cauză, în termen de 15 zile de la comunicarea prezentei, cu reevaluarea ofertei depusă de SC ... SRL, conform celor precizate în motivare.

Obligă autoritatea contractantă la plata către SC ... SRL a sumei de 2.000 lei.

Respinge, ca nefondată, cererea de intervenție înaintată de SC ... SRL.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți.

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

PREȘEDINTE,

...

MEMBRU,

...

MEMBRU,

...

Redactată în 5(cinci) exemplare, conține 15(cincisprezece) pagini.