CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

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

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) şi ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile şi căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziţie publică, a contractelor sectoriale şi a contractelor de concesiune de lucrări şi concesiune de servicii, precum şi pentru organizarea şi funcţionarea Consiliului Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE
Nr. ...
Data: ...

Prin contestaţia nr. 9817/12.08.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 31366/12.08.2019, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerţului ... şi Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva procedurii simplificate privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Asfaltare şi modernizare străzi în municipiul Bârlad”, organizată de către ... cu sediul în ... în calitate de autoritate contractantă, s-a solicitat:
- anularea actului administrativ nr. 19947/06.08.2019, reprezentând comunicarea rezultatului procedurii,
- anularea raportului procedurii şi a actelor subsecvente acestuia.

CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR,
asupra cauzei de faţă, constată următoarele:

Prin contestaţia nr. 9817/12.08.2019, înregistrată la Consiliul Naţional de Soluţionare a Contestaţiilor sub nr. 31366/12.08.2019, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorităţii contractante conform căreia, oferta sa a fost respinsă ca neconformă şi inacceptabilă în temeiul dispoziţiilor art. 134 alin. (5) şi art. 137 alin. (3) lit. a) şi d) din HG nr. 395/2016.

În susţinerea acţiunii sale, contestatoarea învederează faptul că a depus o ofertă acceptabilă şi conformă în cadrul procedurii de atribuire a contractului. A depus documentele care au stat la baza fundamentării

ofertei în conformitate cu documentaţia de atribuire a contractului, astfel cum a fost publicată de către autoritatea contractantă în SEAP.

În etapa de evaluare a propunerii financiare, după ce s-a stabilit admisibilitatea ofertei contestatoarei în etapa de evaluare tehnică, autoritatea contractantă a trimis solicitarea de clarificări nr. 18321 din 18.07.2019 prin care i-a solicitat acesteia să justifice folosirea materialului mixtură asfaltică pentru strat bază executat la cald cu bitum şi agregate concasate de 0-25 mm în instalaţii tip lpx, din cadrul articolului de deviz art. DB16H1D - îmbrăcăminte beton asfaltic cu agregat mărunt executatat la cald în grosime de 4cm cu aşternere mecanică.

Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea a arătat punctual de ce în cadrul articolului ofertat se regăseşte respectivul material şi nu materialul care apărea în listele de cantităţi din cadrul proiectului tehnic publicat de către autoritatea contractantă, respectiv materialul beton astaltic bosat în criblură (BA16). Astfel, prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 9651 din 19.07.2018 a justificat care este motivul pentru care a ofertat textual acest material în cadrul articolului de deviz DB16H1D.

Deşi contestatoarea a răspuns punctual şi concret la cele solicitate în legătură cu oferta sa, în special asupra elementelor privind motivul pentru care textual a ofertat acest material, autoritatea contractantă i-a respins oferta ca fiind inacceptabilă şi neconformă.

Conform comunicării rezultatului procedurii, autoritatea contractantă a apreciat că răspunsul contestatoarei (clarificarile/completarile) în legătură cu justificarea folosirii acestui material şi prezentarea caracteristicilor acestuia nu sunt concludente şi nu respectă cerinţele din caietul de sarcini.

1. Un prim argument în admiterea contestaţiei îl reprezintă faptul că prin răspunsul la solicitarea de clarificări, contestatoarea a răspuns şi a argumentat punctual în concret, faptul că nu a ofertat materialul *„Mixtura asfaltică pt str. baza exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip lpx"* ci a ofertat materialul *"beton asfaltic bogat în criblura BA 16"* aşa cum s-a impus prin listele de cantităţi publicate. Contestatoarea a arătat punctual de ce s-a produs această eroare în elaborarea ofertei (atât în F3 şi C6 din cadrul propunerii tehnice cât şi din cadrul celei financiare).

Prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, s-au precizat următoarele: *"în concret, materialul ofertat şi cotat ca preţ, este "beton asfaltic bogat în criblură BA16" cu preţul corespunzător".*

Contestatoarea susţine că a arătat punctual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări că, referitor la articolul DB16H1- îmbrăcăminte beton asfaltic cu agregat mărunt executat la cald în grosime de 4 cm cu aşternere mecanică, la introducerea acestui articol în deviz, apare fereastra cu lista de materiale şi în această listă sunt denumite generic mixturile conform Indicatorului de norme de deviz ediţia 1981 (indicator ce stă la baza stabilirii normelor de consum), iar operatorul a selectat un material din lista generată de program şi aferentă articolului DB16 H1 însă a omis să înlocuiască textul "Mixtura asfaltică pt str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx" cu "beton asfaltic bogat în criblura BA16".

În acest sens, contestatoarea a prezentat imagine din programul de devize pentru a demonstra că denumirea tipului de material este generică, şi nu concretă, pentru aceasta trebuind a fi modicat manual fiecare text şi înlocuit cu textul dorit.

În concret, materialul ofertat şi cotat ca preţ este "beton asfaltic bogat în criblură BAI6" cu preţul corespunzător. S-a produs o eroare de formă, demonstrată prin imaginile şi explicaţiile de mai sus, aceasta putând fi încadrată în categoria viciilor de formă conform HG nr. 395/2016.

Contestatoarea învederează că precizările în legătură cu materialul ofertat în concret atât în cadrul propunerii tehnice cât şi în cea financiară (este aceeaşi eroare de text) nu constituie decât un viciu de formă, care nu conduce la modificări de substanţă ale ofertei ci doar prin corelarea datelor care existau deja iniţial în cadrul ofertei. În cauză sunt elemente din cadrul propunerii tehnice depuse iniţial care atestă folosirea materialui beton asfaltic bogat în criblură (BA16).

Prin precizările suplimentare realizate nu s-a depus o nouă ofertă, ci doar s-au adus lămuriri suplimentare care atestă că în concret s-a ofertat materialul impus prin listele de cantităţi din cadrul proiectului tehnic.

Omisiunea operatorului de a modifica textual denumirea materialului, însă cotând corect preţul materialul, se poate încadra în categoria viciilor de formă şi corectarea textuală a denumirii materialului ofertat nu modifică în niciun fel oferta depusă şi de asemeni nu reprezintă nicio diminuare calitativă deoarece denumirea este generică şi poate să corespundă materialului solicitat fiind vorba de mixtură asfaltică preparată în staţii de asfalt ceea ce este valabil şi pentru BA16 după cum susţine şi proiectul tehnic pus la dispoziţie prin descrierea îmbrăcăminţilor bituminoase executate la cald din care fac parte şi celedoua tipuri de mixturi.

2. De asemenea, contestatoarea invocă lipsa de temeinicie a susţinerilor autorităţii contractante, respectiv că materialul cotat (în forma iniţială - "Mixtură asfaltică pt str baza exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx") este inferior celui prevăzut în proiectul tehnic (materialul „beton asfaltic bogat în criblură BA16”).

În acest sens, contestatoarea depune la dosarul cauzei Reţeta nr. 14 din 27.03.2015 privind prepararea unui beton asfelatic clasa EB 16 rul 50/70 (BA16) conform stasurilor şi normativelor în vigoare, din care reies materialele componente ale mixturii şi care atestă că materialul iniţial ofertat nu reprezintă o diminuare calitativă a ofertei, deoarece denumirea este generică şi poate să corespundă materialului solicitat, fiind vorba de mixtura asfaltică preparată în staţii de asfalt ceea ce este valabil şi pentru BA16 după cum susţine şi proiectul tehnic pus la dispoziţie prin descrierea îmbrăcăminţilor bituminoase executate la cald din care fac parte şi cele două tipuri de mixturi. Reteta de preparare a mixturii ofertate este cea de BA16 beton asfaltic bogat în criblură şi caracteristicile materialului sunt cele prezentate în proiect, capitolul: (4) Imbrăcăminţi bituminoase cilindrate executate la cald.

Materialul solicitat de către autoritatea contractantă este BA 16 iar materialul scris textual de către contestatoare este mixtură asfaltică produsă în staţii LPX 0-25, denumire ce cuprinde varii tipuri de mixturi asfaltice. Însă conform AND 605 denumirea corectă pentru BA16 este EB16

RUL 50/70 după cum scrie şi în reţetă. Atâta timp cât preţul ofertat este cel corect, iar denumirea cerută de autoritatea contractantă nu reprezintă întocmai materialul ce se va pune în operă, textul scris în ofertă este la fel de vag şi generic ca şi cel cerut de autoritatea contractantă, denumirea corectă fiind EB 16 RUL 50/70 aşa cum spune AND 605 varianta modificată.

3. Un alt argument în susţinerea contestaţiei este şi modalitatea incorectă în care autoritatea contractantă evaluează răspunsul contestatoarei, precizând că nu s-au depus caracteristicile şi reţeta materialului ofertat, deşi anterior s-a specificat prin răspunsul depus că nu s-a ofertat acest material (în textul iniţial), ci s-a produs o eroare de formă care conduce la faptul că se impune înlocuirea textuală a materialului cu cel impus în cadrul listelor de cantităţi publicate. Fără să dea nicio soluţie/decizie asupra erorii de formă produse, autoritatea contractantă în mod nejustificat se declară în continuare nelămurită şi consideră în mod ilegal şi netemenic că s-ar fi ofertat un alt tip de material (chiar de o calitate inferioară), deşi contestatoarea a argumentat şi şi-a însuşit în concret această eroare, chiar cu riscul excluderii.

În cadrul comunicării de respingere, autoritatea contractantă nu fundamentează în niciun fel argumentele din răspunsul contestatoarei, chiar şi în sensul respingerii, deoarece din textele indicate ca temei al respingerii, nu reies date că autoritatea contractantă ar fi considerat acest răspuns o modificare a ofertei iniţiale.

4. Contestatoarea mai arată că în cadrul ofertei depuse iniţial, mai exact în cadrul propunerii tehnice - paginile 36-50, reies date conform cărăra s-ar fi ofertat în concret mixtura asfaltică - beton asfaltic bogat în criblură BA16. Aceste precizări iniţiale împreună cu lămuririle suplimentare indicate în răspuns, privind acest material şi eroarea de formă produsă, duc la acceptabilitatea şi la conformitatea ofertei depuse.

Totodată, contestatoarea arată că autoritatea contractantă se declară nelămurită asupra unui material ofertat în cadrul ofertei contestatoarei deşi anterior tot aceasta a declarat că propunerea acesteia tehnică este conformă şi acceptabilă trecând în etapa de evaluare financiară, în data de 09.07.2018, formularele F3 si C6 fiind identice atât în cadrul propunerii tehnice cât şi financiare privind acest material ofertat.

Tot raportat la acest aspect vine si netemenicia aplicarii de către autoritatea contractantă a textului de la art 137 alin (3) lit d) din HG 395/2016, respectiv că propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, raportat la faptul că acest material a fost ofertat în mod similar eronat în ambele propuneri atât în cea financiară cât şi în cea tehnică, neexistând astfel nicio necorelare în acest sens.

5. Contestatoarea mai arată şi faptul că în propunerea tehnică şi propunerera financiară depuse iniţial, a depus documente din care rezultă respectarea cerinţelor documentaţiei de atribuire, clarificările solicitate de către autoritatea contractantă nefiind legate decât de aspecte formale ce nu influenţează execuţia lucrărilor în cantităţile şi la nivelul de calitate impus.

De asemenea, nici în susţinerile autorităţii contractante (din comunicarea contestată), nu se regăsesc elemente concrete din care să rezulte că propunerea tehnică şi cea financiară prezentată de contestatoare nu acopere cerinţele tehnice şi de calitate din documentaţia de atribuire, nefiind precizate următoarele:

- modul în care elementele indicate din propunerea tehnică afectează realizarea execuţiei lucrărilor, mai ales că implicit materialul ofertat iniţial are o calitate identică sau chiar superioară celui ofertat;
- de ce nu este concludent răspunsul la solicitarea de clarificare, prin raportare la prevederile documentaţiei de atribuire şi care sunt cerinţele care nu au fost respectate de propunerea tehnică depusă de contestatoare, printr-o argumentare concretă, punctuală.

Autoritatea contractantă a evaluat propunerea tehnică, finaciară şi răspunsurile la clarificări formulate de contestatoare, fără a se raporta la modul în care aceasta respectă cerinţele documentaţiei de atribuire, luând în considerare cu precădere elemente formale, care în mod firesc nu pot conduce la neconformitatea unei oferte, decât în cazul în care afectează cantitativ sau calitativ execuţia lucrărilor ce fac obiectul contractului de achiziţie publică în cauză, prin emiterea comunicării de respingere a ofertei, nefiind respectate principiile tratamentului egal şi al proporţionalităţii măsurii luate.

Autoritatea contractantă nu prezintă niciun element concret şi clar care să conducă la concluzia că propunerea tehnică şi financiară ofertate conduc la neîndeplinirea contractului la parametrii cantitativi şi calitativi solicitaţi prin documentaţia de atribuire, evaluând oferta contestatoarei dând dovadă de un formalism excesiv, într-un mod care excede prevederilor legale în vigoare în materia achiziţiilor publice şi conduce la încălcarea scopului şi principiilor enunţate la art. 2 din Legea nr. 98/2016, cu modificările şi completările ulterioare.

Autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere nr. 20693/19.08.2019 cu privire la contestaţia formulată de către SC ... la care a anexat în copie documentele necesare soluţionării cauzei.

Autoritatea contractantă menţionează că din punct de vedere procedural a procedat la evaluarea ofertelor în conformitate cu prevederile Legii nr. 98/2016 şi HG nr. 395/2016 ţinând cont de facilităţile puse la dispoziţie de SEAP, astfel:

- propunerile tehnice din ofertele prezentate au fost verificate ţinând cont de cerinţele caietului de sarcini şi specificaţiile autorităţii contractante referitoare la întocmirea propunerii tehnice din secţiunea „IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice" din fişa de date, luând în considerare cele menţionate, în mod declarativ, în documentele acestora, de către ofertanţi;
- după evaluarea propunerilor tehnice (şi modului de îndeplinire a criteriilor de calificare aşa cum rezultă din DUAE răspuns), declararea acestora admisibile precum şi finalizarea evaluării în SEAP, au fost accesate propunerile financiare;
- propunerile financiare au fost evaluate ţinâdu-se cont de specificaţiile autorităţii contractante referitoare la întocmirea propunerii financiare din secţiunea „IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii

financiare" din fişa de date şi documentele puse la dispoziţie pentru întocmirea acestora (formular de ofertă, liste de cantităţi de lucrări), corelarea datelor din acestea cu cele din propunerile tehnice deja evaluate, precum şi de prevederile legale referitoare la acest aspect (încadrarea în valoarea alocată, subevaluare, etc.).

- au fost stabilite clarificările considerate necesare, formulate clar şi la obiect, fiind transmise prin intermediul SEAP, cu respectarea prevederilor legale,
- s-a finalizat evaluarea ofertelor pe baza documentelor incluse în acestea, luându-se în considerare răspunsurile de clarificare primite.

Referitor la analiza propriuzisă a ofertei financiare a contestatarei, comisia de evaluare analizand listele de cantităţi depuse în cadrul ofertei financiare de către SC ... SRL, comparativ cu cele întocmite de proiectant, a constatat că în cadrul articolului de lucrări „DB16H1D -ÎMBRĂCĂMINTE BETON ASFALTIC CU AGREGAT MĂRUNT EXECUTATAT LA CALD ÎN GROSIME DE 4CM CU AŞTERNERE MECANICĂ" în loc de „beton asfaltic bogat în criblură (BA16)" aşa cum era prevăzut în listele de cantităţi F3 din proiect (precum şi în alte documente ale proiectului -planşe, caiete de sarcini) se prevede „mixtura asfaltică pentru strat baza executat la cald cu bitum şi agregate concasate de 0-25 mm în instalaţii tip lpx", acesta fiind un material inferior din punct de vedere calitativ şi, totodată, mai ieftin.

Ţinând cont că:

- listele de cantităţi de lucrări din cadrul ofertei este unul din cele mai importante documente ale propunerii financiare, pe baza lor stabilindu-se preţul ofertei şi efectuându-se şi decontările ulterioare,
- secţiunea tehnică din cadrul listelor de cantitati de lucrări ce fac legătură cu propunerea tehnica din oferta, trebuind să fie corelată cu aceasta, este o confirmare a realizării celor menționate, declarativ, în propunerea tehnică și, totodată, transpunerea în costuri a realizării lucrărilor conform caietului de sarcini,
- materialul menţionat în proiect, fiind practic materialul stratului de uzură a străzilor ce se vor executa, are o importanţă covârşitoare în asigurarea calităţii lucrărilor concomitent cu o pondere valorică considerabilă în cadrul acestora,
- materialul menţionat în ofertă este net inferior din punct de vedere calitativ faţă de cel impus prin documentele proiectului tehnic de execuţie şi totodată mai ieftin, acesta neputând asigura execuţia lucrărilor la nivelul de calitate impus prin acestea,
- schimbarea materialului prevăzut în articolul de deviz „Beton asfaltic bogat în criblură (BA16)" - cod material 7802148, aşa cum era prevăzut în listele de cantităţi - Formularul F3 şi Lista cuprinzând consumurile de resurse materiale - Formularul C6 din proiect (precum şi în alte documente ale proiectului - planşe, caiete de sarcini, etc) cu „Mixtură asfaltică pentru strat bază executat la cald cu bitum şi agregate concasate de 0-25 mm în instalaţii tip lpx" - cod material 2001055 1, material inferior din punct de vedere calitativ, încalcă atât prevederile proiectului tehnic, cât şi normativele româneşti în domeniu, deoarece în timp ce mixtura asfaltică BA 16 este o mixtură superioară, din cribluri cu dimensiunea 0-16 mm maximum folosită pentru stratul de uzură, mixtura inclusă în ofertă, din

agregate concasate de 0-25 mm, este una inferioară ce nu este acceptată pentru execuţia străturilor de uzură,
- în mod aparent, oferta ar fi putut fi considerată neconformă potrivit art. 137 alin. (3), lit. a) şi d) din HG nr. 925/2016 deoarece propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, respectiv realizarea unor lucrări nesatisfăcătoare raportat la cerinţele caietului de sarcini.

În aceste condiţii, comisia de evaluare, încercând să clarifice neconcordanţa folosirii (faţă de cele menţionate declarativ în propunerea tehnică) şi evaluării în cadrul propunerii financiare a altui material decât cel impus prin caietul de sarcini precum şi să stabilească nu numai ca denumire ci şi ca reţetă şi caracteristici, materialul ofertat şi care va fi folosit la execuţia lucrărilor şi care să poată fi evaluat raportat la prevederile caietului de sarcini, a solicitat clarificări în acest sens în baza prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 925/2016, cu respectarea celorlate prevederi ale aceluiaşi articol, solicitarea având un conţinut clar ce a detaliat în mod explicit ceea ce se doreşte, aşa cum rezultă din conţinutul adresei nr. 18321/18.07.2019 *(„Referitor la art. DB16H1 -ÎMBRĂCĂMINTE BETON ASFALTIC CU AGREGAT MĂRUNT EXECUTĂTĂT LA CALD ÎN GROSIME DE 4 CM CU AŞTERNERE MECANICĂ, deoarece în listele de cantităţi F3 din proiect (precum şi în alte documente ale proiectului -planşe) se prevede, ca material în cadrul articolului folosirea „betonului asfaltic bogat în criblură (BA 16)", iar în toate listele de cantităţi din ofertă se prevede „mixtura asfaltică pentru strat bază executat la cald cu bitum şi agregate concasate de 0-25 mm în instalaţii tip lpx", vă rugăm să justificaţi folosirea materialului ofertat şi prezentarea caracteristicilor, inclusiv reţetei acestuia”*.

În principal, putându-se reţine ca elemente solicitate, următoarele:

1) justificarea folosirii materialului ofertat,
2) prezentarea caracteristicilor materialului ofertat şi
3) prezentarea reţetei materialului ofertat.

La solicitarea de clarificări, SC ... SRL, în termenul impus, ca răspuns, a depus în SEAP un singur document, respectiv adresa nr. 9651/19.0.2019 înregistrată cu nr. 18321/22.07.2019, în care:
- se prezintă, punându-se accent pe aceste lucruri, cauzele care au dus la introducerea în propunerea financiară a altui material decât cel impus prin caietul de sarcini şi justificarea acestei greşeli, apreciată ca fiind una de redactare,
- la modul declarativ, se menţionează că materialul avut în vedere ar fi cel menţionat în proiectul tehnic,
- nu se prezintă caracteristicile şi nici reţeta materialului ofertat şi pentru care s-a făcut evaluarea financiară, elemente menţionate explicit în solicitarea comisiei de evaluare.

Având în vedere conţinutul răspunsului de clarificare primit, raportat la cele menţionate în solicitarea de clarificare a comisie de evaluare, acesta este în mod evident incomplet şi neconcludent, neconţinâd informaţiile solicitate explicit, care să clarifice, nu atât cauzele care au dus la includerea altui material în ofertă sau justificarea acestei greşeli, ci efectiv

care este materialul ofertat, care sunt carateristicile şi compoziţia acestuia, informaţii care să permită comisiei de evaluare o analiză a acestuia comparativ cu datele conţinute de documentele proiectului tehnic, simpla afirmaţie că materialul ofetat este cel menţionat în proiect fiind insuficientă.

Plecând de la aceste fapte, respectiv de la documentele conţinute de oferta depusă, clarificările solicitate şi răspunsul incomplet şi neconcludent primit, comisia de evaluare a aplicat prevederile legale incidente acestei situaţii, constatând:

1) inacceptabilitatea ofertei potrivit art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 deoarece răspunsul la solicitarea de clarificare a comisiei de evaluare, clara şi explicită, a fost neconcludent şi parţial, neconţinând prezentarea reţetei şi caracteristicilor materialului inclus în ofertă, care să clarifice pe deplin corespondenţa ofertei cu prevederile caietului de sarcini şi pe cale de consecinţa şi

2) neconformitatea ofertei potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) şi d) din HG nr. 395/2016 deoarece la secţiunea tehnică din oferta financiară a fost prevăzut şi evaluat valoric (cu pondere valorică mare în preţul ofertei) la art. DB16H1D - ÎMBRĂCĂMINTE BETON ASFALTIC CU AGREGAT MĂRUNT EXECUTATAT LA CALD ÎN GROSIME DE 4CM CU AŞTERNERE MECANICĂ, un material („mixtură asfaltică pentru strat bază executat la cald cu bitum şi agregate concasate de 0-25 mm în instalaţii tip Lpx") inferior celui prevăzut în proiectul tehnic (parte a caietului de sarcini) şi menţionat explicit în toate documentele acestuia („beton asfaltic bogat în criblura (BAI6)", propunerea financiară nesusţinâd cele menţionate, declarativ, în propunerea tehnică; acestea ducând în final la respingerea ofertei în conformitate cu prevederile art. 137 alin. (1) din HG nr. 395/2016.

În fapt, prin răspunsul transmis, contestatoarea nu a făcut decât să afirme, la nivel declarativ, că de fapt, materialul ofertat ar fi cel specificat în proiect, aceste afirmaţii nefiind susţinute de documentele solicitate explicit sau de orice altă dovadă, document sau analiză care să confirme respectivele afirmaţii.

Existând posibilitatea să fie o "eroare de formă" (de redactare a ofertei), dar tot atât de bine una de fond (de introducere în oferta finaciară a preţului materialului menţionat în ofertă, inferior celui impus prin proiect şi totodată mai ieftin, ca urmare, în principal, preţului mai mare al criblurii faţă de cel al agregatelor concasate - care să conducă la o realizare defectoasă a contractului), tocmai pentru a clarifica acest aspect, important pentru realizarea lucrărilor potrivit prevederilor caietului de sarcini, au fost solicitate informaţii/elemente care să clarifice care este materialul introdus şi evaluat în ofertă, ca şi caracteristicile acestuia, dincolo de denumirea sa. Neprimind clarificările solicitate, care să permită o astfel de analiză, comisia de evaluare a făcut analiza ofertei în forma depusă, neputându-se pronunţa dacă eroarea ofertantului poate fi asimilată viciilor de formă sau o abatere tehnică minoră, aşa cum încearcă să sugereze contestatarul, în acest context nefiind aplicabile nici prevederile alineatelor (7) -(9) de la art. 134 din HG nr. 925/2019.

În contestaţie se invocă reţete şi buletine de încercări ale acestui material, dar care nu au fost incluse nici în propunerea tehnică şi nici în

răspunsul la solicitarea de clarificare neputând fi luate în considerare de comisia de evaluare.

Comisia de evaluare nu contestă faptul că în propunerea tehnică, la nivel declarativ (în principal prin preluarea şi includerea în ofertă a documentelor proiectului tehnic pus la dispoziţie, aşa cum referiri la acesta au fost incluse şi în răspunsul de clarificare a ofertei, sau prin preluarea unor reguli generale privind execuţia unor categorii de lucrări -pg 37 din oferta ce este cuprinsă şi invocată şi în contestaţie), se confirmă executarea lucrărilor conform documentelor acestuia, dar totodată poate constata că documentele propunerii financiare împreună cu clarificarea transmisă nu lămuresc susţinerea, din punct de vedere financiar, a executării lucrărilor la nivelul de calitate declarat în respectiva propunere tehnică; tocmai de aceea, ţinând cont de acest aspect, oferta în totalitatea sa, a fost declarată neconformă, potrivit art. 137 alin. (3) lit. a) şi d) din HG nr. 395/2016, nefiind aplicabile prevederile legale invocate în cadrul contestaţiei, care se referă la cu totul alte situaţii, şi care ar fi permis încadrarea erorii ofertantului într-una din situaţiile menţionate de acesta.

În concluzie, având în vedere modul în care a decurs procesul de evaluare, acţiunile şi solicitările comisiei de evaluare dar şi oferta şi conţinutul răspunsurilor la solictarea de clarificare depuse de SC ... SRL, autoritatea contractantă capreciază că respingerea ofertei acesteia s-a făcut în condiţiile respectării tuturor prevederilor legale referitoare la achiziţiile publice, neimpunându-se anularea vreunui act al autorităţii contractante.

Prin adresa nr. 9922/28.08.2019, înregistrată la Consiliu sub nr. 33563/28.08.2019, SC ... SRL formulează concluzii scrise în care reiterează solicitările formulate în cadrul contestaţiei.

Contestatoarea invocă premisa greşită de la care pleacă autoritatea contractantă în legătură cu materialul ofertat. Prin răspunsul la solicitarea de clarificări, aceasta a arătat punctual de ce în cadrul articolului ofertat se regăseşte respectivul material şi nu materialul care apărea în listele de cantităţi din cadrul proiectului tehnic publicat de către autoritatea contractantă, respectiv materialul beton asfaltic bogat în criblură (BA16).

Autoritatea contractantă invocă în punctul de vedere tot felul de argumente în sensul respingerii contestaţiei, fără a arăta în concret cum este influenţat negativ preţul ofertat, prin raportare la preţul unitar al materialului înlocuit. Mai mult solicitarea de clarificări nu a fost în sensul lămuririi aspectelor de formare a preţului pentru materialul ofertat.

1. În ceea ce priveşte calitatea inferioară pe care o are materialul ofertat în ofertă, chiar autoritatea contractantă susţine că nu cunoaşte reţeta materialului şi astfel este nejustificată concluzia acesteia cum că acest material are o calitate inferioară. Şi de asemenea, chiar şi în ipoteza în care acest material ofertat textual ar avea calităţi inferiare, prin răspunsul la solictarea de clarificări, contestatoarea a arătat că va executa lucrarea cu un alt material (materialul cu calităţi superioare în opinia autorităţii contractante, respectiv cu materialul beton asfaltic bogat în criblură (BA16).

2. Nici argumentul necorelării prevăzut de art. 137 alin. (3) lit. d, nu poate fi fundamentat de către autoritatea contractantă, deoarece textul

legal se aplică în cazul în care propunerea financiară nu este corelată cu elementele propunerii tehnice, ceea ce ar putea conduce la executarea defectuoasă a contractului, sau constituie o abatere de la legislaţia incidentă, alta decât cea în domeniul achiziţiilor publice. În cauză, contestatoarea a arătat că această greşeală de formă apare în cadrul ambelor propuneri, atât cea financiară cât şi în cea tehnică şi a întocmit acest răspuns la solictarea de clarificări prin raportare la întrega ofertă depusă.

3. Materialul solicitat de către autoritatea contractantă este BA 16 iar materialul scris de contestatoare, textual, este mixtură asfaltică produsă în staţii LPX 0-25, denumire ce cuprinde varii tipuri de mixturi asfaltice, însă conform AND 605 denumirea corectă pentru BA 16 este EB 16 RUL 50/70 după cum scrie şi în reţetă.

Atâta timp cât preţul ofertat este cel corect, iar denumirea cerută de autoritatea contractantă nu reprezintă întocmai materialul ce se va pune în opera, textul scris în ofertă este la fel de vag şi generic ca şi cel cerut de autoritatea contractantă, denumirea corectă fiind EB 16 RUL 50/70 aşa cum spune AND 605 varianta modificată. Autoritatea contractantă a cerut un material vag (la o maniera generalistă) iar contestatoarea la rândul său a scris un material vag (generalist), conform prevederilor impuse prin fişa de date şi proiectul tehnic publicat.

4. În legătură cu alte date care se regăsesc în cadrul ofertei iniţiale care atestă prezenţa acestui material - beton asfaltic bogat în criblură (BA16), pentru a fi în prezenţa unei eroări de formă, contestatoarea a indicat în concret că în cadrul propunerii sale tehnice se regăsesc elemente care descriu punerea în opera a acetui material, caracteristici, alte prevederi legale care se regăsesc în cadrul normativelor şi stas-urilor tehnice în vigoare. În cadrul propunerii tehnice, reies date conform cărora contestatoarea a ofertat în concret mixtură asfaltică - beton asfaltic bogat în criblură BA16.

5. Este fals argumentul autorităţii contractante, conform căruia deoarece nu a primit referiri privind caracteristicile materialului nu a putut efectua analiza de preţ care să stabilească dacă materialul este inferios sau nu.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

..., în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura simplificată privind atribuirea contractului de lucrări având ca obiect „Asfaltare şi modernizare străzi în municipiul Bârlad”. În acest sens a elaborat documentaţia de atribuire aferentă şi a publicat în SEAP anunţul de participare simplificat nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 8.603.671,33 lei.

Potrivit raportului procedurii nr. 19893/06.08.2019, în cadrul procedurii au fost depuse două oferte, iar în urma evaluării acestora, oferta depusă de SC ... SRL a fost respinsă ca neconformă, fiind declarată câștigătoare a procedurii oferta depusă de ... SRL.

În urma comunicării rezultatului procedurii, a formulat contestația în analiză SC ... SRL, arătându-se nemulțumită de respingerea ofertei sale,

arătând că în urma solicitării de clarificări a autorității contractante, a răspuns şi a argumentat punctual în concret că nu a ofertat materialul *„Mixtura asfaltică pt str. baza exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip lpx"* ci a ofertat materialul *"beton asfaltic bogat în criblura BA 16"* aşa cum s-a impus prin listele de cantităţi publicate. Prin intermediul răspunsului la solicitarea de clarificări, s-au precizat următoarele: *"în concret, materialul ofertat şi cotat ca preţ, este "beton asfaltic bogat în criblură BA16" cu preţul corespunzător".*

Astfel, contestatoarea susţine că a arătat punctual în cadrul răspunsului la solicitarea de clarificări că, referitor la articolul DB16H1-îmbrăcăminte beton asfaltic cu agregat mărunt executat la cald în grosime de 4 cm cu aşternere mecanică, la introducerea acestui articol în deviz, apare fereastra cu lista de materiale şi în această listă sunt denumite generic mixturile conform Indicatorului de norme de deviz ediţia 1981 (indicator ce stă la baza stabilirii normelor de consum), iar operatorul a selectat un material din lista generată de program şi aferentă articolului DB16 H1 însă a omis să înlocuiască textul "Mixtura asfaltică pt. str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx" cu "beton asfaltic bogat în criblura BA16".

După depunerea contestației, la solicitarea Consiliului, contestatoarea a depus dovada constituirii cauțiunii în cuantum de 35.000 lei, prin recipisa de consemnare nr. 205656554/1/12.08.2019, emisă de CEC Bank, Sucursala Bârlad.

Cauţiunea constituită se va restitui, la cerere, nu mai devreme de 30 de zile de la data rămânerii definitive a hotărârii, în temeiul art. 61^1 alin. (5) și (6) din Legea nr. 101/2016.

Pe fondul contestației, Consiliul reține din conținutul susținerilor părților, că ambele relatează aceeași situație de fapt, respectiv menționarea în listele de cantități din conținutul propunerii tehnice și financiare a unui alt material, respectiv ,,Mixtura asfaltică pt. str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx" în loc de "beton asfaltic bogat în criblura BA16". Ambele părți recunosc, de asemenea, că cele două materiale sunt unele diferite, mixtura fiind de o calitate inferioară și mai ieftină față de betonul asfaltic bogat în criblura BA16. Diferendul dintre părți constă în interpretarea diferită a acestei mențiuni, contestatoarea susținând că este un viciu de formă sau o abatere tehnică minoră, iar autoritatea contractantă susținând că este o neconformitate.

Contestatoarea dă vina pe programul de devize și pe o eroare a operatorului, care trebuia să scrie manual materialul solicitat în documentație, autoritatea contractantă susține că nici măcar în răspunsul la solicitările de clarificări contestatoarea nu a răspuns concludent, arătând că ,,Mixtura asfaltică pt. str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx" reprezintă, de fapt, "beton asfaltic bogat în criblura BA16", explicație considerată de autoritate ca fiind neconcludentă.

Verificând adresa de solicitare de clarificări nr. 18321/18.07.2019, transmisă contestatoarei, Consiliul reține că aceasta are următorul conținut:

,,...deoarece în listele de cantități F3 din proiect (precum și în alte documente ale proiectului –planșe) se prevede, ca material în cadrul articolului folosirea ,,betonului asfaltic bogat în criblura BA16", iar în toate listele de cantități din oferta dvs. se prevede ,,Mixtura asfaltică pt. str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx", vă rugăm să justificați folosirea materialului ofertat și prezentarea caracteristicilor, inclusiv rețeta acestuia''.

Prin răspunsul contestatoarei nr. 9651/19.07.2019, contestatoarea a arătat că, referitor la articolul DB16H1- îmbrăcăminte beton asfaltic cu agregat mărunt executat la cald în grosime de 4 cm cu aşternere mecanică, la introducerea acestui articol în deviz, apare fereastra cu lista de materiale şi în această listă sunt denumite generic mixturile, conform Indicatorului de norme de deviz ediţia 1981 (indicator ce stă la baza stabilirii normelor de consum), **iar operatorul a selectat un material din lista generată de program şi aferentă articolului DB16 H1, însă a omis să înlocuiască textul "Mixtura asfaltică pt str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx" cu "beton asfaltic bogat în criblura BA16**".

În acest sens, contestatoarea a prezentat imagine din programul de devize pentru a demonstra că denumirea tipului de material este generică, şi nu concretă, pentru aceasta trebuind a fi modificat manual fiecare text şi înlocuit cu textul dorit.

În concret, materialul ofertat şi cotat ca preţ este "beton asfaltic bogat în criblură BA16" cu preţul corespunzător. S-a produs o eroare de formă, demonstrată prin imaginile şi explicaţiile de mai sus, aceasta putând fi încadrată în categoria viciilor de formă conform HG nr. 395/2016.

Contestatoarea învederează că precizările în legătură cu materialul ofertat în concret atât în cadrul propunerii tehnice cât şi în cea financiară (este aceeaşi eroare de text) nu constituie decât un viciu de formă, care nu conduce la modificări de substanţă ale ofertei ci doar prin corelarea datelor care existau deja iniţial în cadrul ofertei. În cauză sunt elemente din cadrul propunerii tehnice depuse iniţial care atestă folosirea materialului beton asfaltic bogat în criblură (BA16).

Consiliul reține că evaluarea realizată de autoritate este una corectă, neputându-se reține susținerea contestatoarei potrivit căreia ne-am afla în prezența unui viciu de formă. Potrivit art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, *,,viciile de formă reprezintă acele erori sau omisiuni din cadrul unui document a căror corectare/completare este susţinută în mod neechivoc de sensul şi de conţinutul altor informaţii existente iniţial în alte documente prezentate de ofertant sau a căror corectare/completare are rol de clarificare sau de confirmare, nefiind susceptibile de a produce un avantaj incorect în raport cu ceilalţi participanţi la procedura de atribuire''*.

Din susținerile contestatoarei rezultă că eroarea menționării unui alt material este uniformă în conținutul propunerii tehnice și financiare, neexistând în ofertă informații care să susțină existența unui viciu de formă.

În ceea ce privește încadrarea erorii respective în categoria abaterii tehnice minore, Consiliul reține ca fiind relevante următoarele dispoziții din art. 134 din HG nr. 395/2016:

,,(5) În cazul în care comisia de evaluare solicită unui candidat/ofertant **clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de acesta** în cadrul ofertei sau solicitării de participare, potrivit dispoziţiilor art. 209 din Lege, **iar candidatul/ofertantul nu transmite în termenul precizat de comisia de evaluare clarificările/completările solicitate sau clarificările/completările transmise nu sunt concludente, oferta sa va fi considerată inacceptabilă**.

(6) **În cazul în care ofertantul modifică prin răspunsurile pe care le prezintă comisiei de evaluare potrivit dispoziţiilor alin. (1) conţinutul propunerii tehnice sau propunerii financiare, oferta sa va fi considerată inacceptabilă**.

(7) Prin excepţie de la dispoziţiile alin. (6), oferta va fi considerată admisibilă în măsura în care modificările operate de ofertant în legătură cu propunerea sa tehnică se încadrează în una din categoriile de mai jos:

a) pot fi încadrate în categoria viciilor de formă; sau

b) reprezintă corectări ale unor abateri tehnice minore, iar o eventuală modificare a preţului total al ofertei, indusă de aceste corectări, nu ar fi condus la modificarea clasamentului ofertanţilor participanţi la procedura de atribuire.

(8) Sunt considerate abateri tehnice minore acele omisiuni/abateri din propunerea tehnică care pot fi completate/corectate într-un mod care nu conduce la depunerea unei noi oferte.

(9) O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei iniţiale în următoarele situaţii:

a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depăşeşte 1% din preţul total al ofertei;

b) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni conduce la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligaţii ale autorităţii contractante în raport cu anumite praguri valorice;

c) în urma corectării respectivei abateri/omisiuni, se constată că s-ar schimba clasamentul ofertanţilor;

d) modificarea ar presupune o diminuare calitativă în comparaţie cu oferta iniţială;

e) modificarea vizează o parte din ofertă pentru care documentaţia de atribuire a exclus în mod clar posibilitatea ca ofertanţii să se abată de la cerinţele exacte ale respectivei documentaţii, iar oferta iniţială nu a fost în conformitate cu aceste cerinţe''.

Consiliul reține că solicitarea de clarificări transmisă nu vizează confirmarea unui aspect nerelevant, nu este una formală, ci vizează un aspect fundamental al ofertei, respectiv realizarea lucrării potrivit prevederilor proiectului și ale documentației de atribuire, mai exact, conformitatea straturilor drumului cu solicitările proiectului. Astfel, contestatoarea nu avea posibilitatea să modifice materialul ofertat, acest lucru însemnând modificarea propunerii tehnice, ci doar să dovedească faptul că materialul ofertat are rețeta solicitată de autoritatea contractantă. Contestatoarea a înțeles, însă, să adopte o atitudine nefirească, respectiv să susțină că materialul ofertat este, de fapt, materialul solicitat, și că, de fapt, este o eroare a salariatului său care a omis să treacă materialul corect. Explicațiile oferite sunt ilogice, deoarece dacă a ofertat corect, nu se înțelege unde este eroarea operatorului, iar dacă, într-adevăr,

operatorul a greșit, înseamnă că nu avem de-a face cu același material. De altfel, tot contestatoarea oferă răspunsul, în sensul că se va citi beton asfaltic bogat în criblură (BA16), în loc de Mixtura asfaltică pt. str. bază exec la cald cu bitum şi agreg concasate de 0-25 mm în inst tip Lpx", arătând, totodată, că rețeta este cea solicitată în documentația de atribuire, la cap. 4, Îmbrăcăminți bituminoase cilindrate executate la cald, rezultând, în mod evident, că și-a modificat propunerea tehnică, aspect care atrage incidența dispozițiilor alin. (6) art. 134 din HG nr. 395/2016 .

Pe de altă parte, Consiliul mai reține incidența următoarelor dispoziții legale:

- Art. 209 din Legea nr. 98/2016 - ,,(1) În cazul în care informaţiile sau documentele prezentate de către operatorii economici sunt incomplete sau eronate sau în cazul în care lipsesc anumite documente, autoritatea contractantă are dreptul de a solicita într-un anumit termen ofertanţilor/candidaţilor clarificări şi, după caz, completări ale documentelor prezentate de aceştia în cadrul ofertelor sau solicitărilor de participare, cu respectarea principiilor tratamentului egal şi transparenţei.

(2) Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat''.

-art. 215 alin. (5) din Legea nr. 98/2016 - ,,Oferta este considerată neconformă dacă nu respectă cerinţele prezentate în documentele achiziţiei''

- art. 137 din HG nr. 395/2016 - ,,(1) Comisia de evaluare are obligaţia de a respinge ofertele inacceptabile şi neconforme.

(3) În condiţiile art. 215 alin. (5) din Lege, oferta este considerată neconformă în următoarele situaţii:

a) nu satisface în mod corespunzător cerinţele caietului de sarcini''.

Față de dispozițiile legale citate, Consiliul reține că autoritatea contractantă a procedat corect respingând oferta contestatoarei, în condițiile în care răspunsul său la solicitarea de clarificări este unul neconcludent, oferta fiind, în mod evident, neconformă, neconformitate care nu ar putea fi acoperită printr-un răspuns la clarificări fară ca acesta să îl favorizeze pe operatorul respectiv.

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

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

CONSILIUL DECIDE:

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

Prezenta decizie este obligatorie pentru părţile cauzei, în conformitate cu dispoziţiile 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.

PREŞEDINTE, **MEMBRU,** **MEMBRU,**
.....

Redactată în 4 (patru) exemplare, conţine 14 (paisprezece) pagini.