CONSILIUL NAŢIONAL DE SOLUŢIONARE A CONTESTAŢIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos, nr. 6, sector 3, Bucureşti, România, CP 030084, CIF 20329980
Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642, +40218900745 www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) 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 contestațiile nr. ...../....., nr. ...../....., respectiv nr. ...../....., înregistrate la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., nr. ...../....., respectiv sub nr. ...../....., înaintate de 1) SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator și convențional prin ....., cu sediul în ..... (sediul ales pentru comunicarea actelor de procedură), de 2) SC ..... SRL, cu sediul în ..... și adresa de corespondență în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI RO ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, respectiv de 3) SC ..... SRL, cu sediul în ....., înmatriculată la Oficiul Registrului Comerțului sub nr. ....., având CUI ....., reprezentată legal prin ..... – Administrator, formulate împotriva comunicării intermediare - finalizare evaluare tehnică nr. 179 din 15.11....., nr. 178 din 15.11..... și nr. 181 din 15.11....., emise de către ....., cu sediul în ....., în calitate de autoritate contractantă, în procedura simplificată, organizată în vederea atribuirii unui contract de achiziție publică având ca obiect „.....", cu anunț de participare simplificat nr. ...../....., s-a solicitat Consiliului:

- ..... (de către SC ..... SRL);
- ..... (de către SC ..... SRL);
- ..... (de către SC ..... SRL).

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

Prin contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., SC ..... SRL atacă comunicarea intermediară - finalizare evaluare tehnică nr. 179 din 15.11....., solicitând anularea ei, anularea deciziei autorității contractante prin care oferta sa a fost declarată inacceptabilă, precum și a tuturor actelor care au stat la baza emiterii acesteia și reluarea procedurii de la etapa verificării admisibilității ofertei sale.

SC ..... SRL susține că, în procedura din speță, a depus ofertă în conformitate cu prevederile obligatorii ale documentației de atribuire, iar în cuprinsul acesteia a fost încărcat în SEAP și formularul DUAE generat de autoritatea contractantă, prin care a arătat că îndeplinește cerințele de calificare stabilite prin fișa de date a achiziției.

Ulterior datei de depunere a ofertelor, având unele neclarități cu privire la conținutul propunerii tehnice, arată SC ..... SRL, prin adresa nr. 136 din 26.09....., comisia de evaluare i-a solicitat să precizeze „în ce mod/manieră vor fi respectate condițiile de mediu dacă pentru refacerea cadrului natural nu s-au prevăzut costuri/cheltuieli", iar prin adresa sa de răspuns nr. 1987/29.09....., a arătat că, potrivit Formularului nr. 3 - Lista cu cantitățile de lucrări - Deviz ofertă ORG-ZE Organizare de șantier existent la pag. 351 din propunerea financiară, a prevăzut, atât montarea, cât și desfacerea organizării de șantier, iar cheltuielile privind refacerea cadrului natural au fost prevăzute a fi suportate din cheltuielile indirecte.

De asemenea, SC ..... SRL precizează că, prin adresa nr. 166 din 27.10....., făcând referire la Clarificarea nr. 16/19.06..... referitoare la cheltuielile privind desfacerea organizării de șantier, autoritatea contractantă i-a solicitat clarificarea încadrării cheltuielilor privind refacerea cadrului natural în categoria cheltuielilor indirecte, iar prin adresa sa de răspuns nr. 2209 din 01.11....., a reiterat comisiei de evaluare că a cuantificat, separat, montarea și desfacerea organizării de șantier, reținute ca fiind cheltuieli directe, iar în ceea ce privește cheltuielile cu refacerea cadrului natural acestea au fost prevăzute în cadrul cheltuielilor indirecte.

De asemenea, SC ..... SRL susține că a arătat că, la elaborarea ofertei, a inclus toate costurile necesare realizării lucrărilor și a protecției mediului.

Cu toate acestea, menționează SC ..... SRL, prin adresa a cărei revocare o solicită, autoritatea contractantă a informat-o că oferta sa a fost respinsă, ca inacceptabilă, întrucât a considerat neconcludent răspunsul nr. 2209/01.11....., la solicitarea ei de clarificări, apreciind că nu poate accepta suportarea din categoria cheltuielilor indirecte a cheltuielilor privind refacerea cadrului natural.

Apreciază contestatoarea ca fiind nelegală și netemeinică decizia autorității contractante, fiind emisă cu încălcarea prevederilor art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, a principiului proporționalității, precum și fără a se ține cont de conținutul obligatoriu al documentației de atribuire, respectiv, de răspunsul său la solicitarea de clarificări.

Cu titlul preliminar, SC ..... SRL arată că trebuie avut în vedere că documentația de atribuire, alcătuită din fișa de date, caietul de sarcini, formularele necesare și modelul contractului de execuție, 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 HG nr. 395/2016.

În ceea ce privește organizarea de șantier, cu toate că, prin răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 16/19.06....., autoritatea contractantă a precizat că organizarea de șantier se va oferta sub formă de deviz, aceasta nu a prevăzut, în cuprinsul documentației de atribuire, Formularul F3 - Lista de cantități aferent organizării de șantier, din care să fi ..... categoriile de lucrări ce urmează a fi executate, în acest sens.

Drept urmare, cu luarea în considerare a prevederilor HG nr. 907/2016 privind etapele de elaborare și conținutul-cadru al documentațiilor tehnico-economice aferente obiectivelor/proiectelor de investiții finanțate din fonduri publice, respectiv ale Ordinului nr. 1568 din 15.10.2002 pentru aprobarea reglementarii tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", indicativ P 91/1-02, SC ..... SRL susține că a întocmit propriul Formular F3 - Lista cu cantitățile de lucrări pentru organizarea de șantier, în cadrul căruia a cotat lucrările prevăzute în antemăsurători (vol. 3.1. pct. 2.4 Organizare de șantier) din caietul de sarcini, reiterate de autoritatea contractantă în răspunsul la solicitarea de clarificări nr. 16/19.06.....

De asemenea, SC ..... SRL menționează că a cotat cheltuielile privind refacerea cadrului natural în cheltuielile indirecte, acestea reprezentând cheltuieli proprii executantului, necesare pentru predarea lucrărilor de investiții.

SC ..... SRL învederează faptul că, în conformitate cu prevederile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, autoritatea contractantă are obligația de a informa fiecare ofertant cu privire la deciziile luate în ceea ce privește rezultatul procedurii, iar în cuprinsul comunicării are obligația de a cuprinde fiecărui ofertant care a prezentat o ofertă inacceptabilă sau neconformă, motivele concrete care au stat la baza deciziei autorității contractante. Simpla mențiune în adresa a cărei anulare o solicită, potrivit căreia cheltuielile privind refacerea cadrului natural nu pot fi acceptate ca fiind suportate din categoria cheltuielilor indirecte, fără prezentarea motivelor concrete în acest sens, respectiv argumentele pentru care nu este posibilă cotarea acestora în categoria cheltuielilor indirecte, nu corespunde unei comunicări în sensul stabilit de legiuitor la art. 215 din lege.

SC ..... SRL susține că motivarea actului administrativ, justificarea rațiunilor de fapt și de drept care au stat la baza emiterii acestuia, reprezintă o garanție a respectării legii și a ocrotirii drepturilor

individuale, iar lipsa acestor elemente se sancționează cu nulitatea absolută a actului administrativ.

Prin urmare, orice decizie de natură a produce efecte trebuie motivată, nu doar din perspective competenței de a emite acel act, ci și din perspectiva posibilității persoanei și a societății de a aprecia asupra legalității măsurii, respectiv asupra respectării granițelor dintre puterea discreționară și arbitrariu.

De asemenea, SC ..... SRL arată că, în condițiile în care deciziile autorităților sunt supuse controlului judecătoresc, pe calea contenciosului administrativ, nu este permisă absența motivării explicite a actului administrativ atacat, deoarece în acest context, posibilitatea atacării în justiție a actului respectiv este iluzorie, de vreme ce judecătorul nu poate specula asupra motivelor care au determinat autoritatea administrativă să ia o anumită măsură.

Prin urmare, motivarea reprezintă o obligație generală, aplicabilă oricărui act administrativ și o condiție de legalitate externă a actului, care face obiectul unei aprecieri în concret, după natura acestuia și contextul adoptării sale, iar obiectivul său este prezentarea într-un mod clar și neechivoc a raționamentului instituției emitente a actului.

În ceea ce privește sancțiunea aplicabilă actului administrativ din cuprinsul căruia lipsesc elemente precum motivele de fapt și de drept, SC ..... SRL susține că jurisprudența comunitară și cea națională este unanimă, actul fiind lovit de nulitate absolută. Aceasta, deoarece motivarea actului administrativ reprezintă o obligație care constituie o garanție împotriva arbitrariului, în conduita administrației publice, menită, pe de o parte, să permită destinatarilor unei decizii administrative să-i cunoască și să-i evalueze temeiurile și efectele și, pe de altă parte, să facă posibilă exercitarea controlului de legalitate, o motivare insuficientă sau greșită echivalând cu lipsa motivării.

Pe de altă parte, SC ..... SRL consideră că decizia autorității contractante este nelegală, în condițiile în care, în conformitate cu prevederile art. 5.1. Organizare de șantier din HG nr. 907/2016, cheltuielile aferente amenajării pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială a terenului nu fac parte din categoria cheltuielilor privind organizarea de șantier.

În aceste condiții, luând în considerare, inclusiv, lipsa din documentația de atribuire a unei liste cu cantitățile de lucrări aferente organizării de șantier, SC ..... SRL precizează că a considerat și cotat, în propunerea financiară, cheltuielile cu refacerea cadrului natural ca fiind cheltuieli de interes general și de executare a lucrărilor -12. Cheltuielile în legătură cu predarea lucrărilor, astfel cum sunt acestea exemplificate în Anexa 6 la Ordinul nr. 1568 din 15.10.2002 pentru aprobarea reglementării tehnice „Ghid privind elaborarea devizelor la nivel de categorii de lucrări și obiecte de construcții pentru investiții realizate din fonduri publice", indicativ P 91/1-02.

SC ..... SRL susține că, la soluționarea contestației, nu trebuie omis nici faptul că, potrivit adresei a cărei anulare o solicită, respingerea ofertei sale a avut loc în etapa de verificare a propunerii tehnice, însă

fără a se observa că, la pagina 20 din propunerea tehnică, a declarat că „La terminarea lucrărilor terenul va fi adus la starea inițială prin așternere de pământ vegetal și semănare gazon".

Drept urmare, SC ..... SRL precizează că, numai în situația în care, ulterior verificării propunerii financiare, comisia de evaluare constata că nu a cotat cheltuielile privind refacerea cadrului natural, avea posibilitatea de a dispune respingerea ofertei sale.

De asemenea, contestatoarea arată că nu trebuie omis nici faptul că, în conformitate cu prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, legislația achizițiilor publice este guvernată de principiul proporționalității, ceea ce presupune că orice măsură de excludere ar trebui fundamentată în mod corespunzător și întemeiată pe motive concrete de respingere.

Ca expresie a priorității principiului proporționalității, trebuie ca actele instituțiilor să nu depășească limitele a ceea ce este adecvat și necesar în scopul realizării obiectivelor urmărite, înțelegându-se că, în cazul în care este posibilă o alegere între mai multe măsuri adecvate, trebuie să se recurgă la cea mai puțin constrângătoare, iar inconvenientele cauzate nu trebuie să fie disproporționate în raport cu scopurile urmărite (Hotărârea Curții din 5 mai 1998, National Farmers' Union și alții, C-157/96, pct. 60), sens în care drepturile autorităților contractante nu trebuie privite precum o cauză de eliminare a tuturor celorlalți competitori și menținerea în cursă a unuia singur, scopul urmărit fiind acela de a asigura o competiție adecvată în cadrul procedurii.

În continuare, SC ..... SRL susține că, în cauză, trebuie avut în vedere că, raportat la valoarea ofertei, chiar în situația, absurdă, în care oferta sa nu ar fi cotat contravaloarea cheltuielilor aferente refacerii cadrului natural, se află în prezența unei abateri tehnice minore, în condițiile în care valoarea cheltuielilor în speță reprezintă doar 0,22% din prețul total al ofertei, caz în care sunt incidente prevederile art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016.

De asemenea, contestatoarea menționează că, potrivit practicii CNSC: *Autoritatea contractantă ar trebui să-și exercite în mod corect rolul activ și să iasă de sub imperiul formalismului exagerat interpretării strict textuale și scolastice a documentației de atribuire și să analizeze oferta în ansamblul său, ca un tot unitar și sistematic, iar nu pe bucăți*.

Pentru a evita luarea unei decizii disproporționate cu scopul urmărit, comisia de evaluare avea posibilitatea de a proceda la verificarea propunerii financiare și să îi respingă oferta numai în cazul în care rezultă că nu a cotat cheltuielile privind refacerea cadrului natural.

În temeiul dispozițiilor art. 19 din Legea nr. 101/2016, SC ..... SRL solicită Consiliului studierea dosarului aflat pe rolul CNSC, precum și fotocopierea documentelor necesare.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și cele ale HG nr. 395/2016.

De asemenea, SC ..... SRL a înaintat contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., prin care critică comunicarea intermediară - finalizare evaluare tehnică nr. 178 din 15.11....., solicitând anularea ei și a tuturor comunicărilor care au stat la baza acesteia, obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale, cu respectarea prevederilor legale în vigoare și a principiilor achizițiilor publice, respectiv constatarea admisibilității ofertei sale și admiterea acesteia în etapa următoare - verificarea propunerii sale financiare.

Referitor la respingerea ofertei sale de către autoritatea contractantă ca neconformă, în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, prin prisma propunerii tehnice, SC ..... SRL atrage atenția Consiliului asupra modului defectuos în care s-a organizat până la această dată evaluarea ofertei sale, respectiv evaluarea propunerii tehnice, faptul că autoritatea contractantă a interpretat după bunul plac răspunsurile sale cu privire la solicitările de clarificări.

Astfel, cu toate ca societatea sa a arătat încă de la început, prin răspunsul nr. 2580/28.09..... la solicitarea de clarificări nr. 133/26.09....., faptul că "la stabilirea prețurilor pentru devizul Organizare de șantier s-a ținut cont, atât de costurile de înființare a organizării de șantier, cât și de costurile/cheltuielile pentru desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural, conform Formularului 9", autoritatea contractantă a interpretat și insinuat faptul că nu ar fi prevăzut costul pentru desfacerea organizării de șantier și nici costul pentru operațiunile de refacerea a cadrului natural.

Contestatoarea a doua aduce la cunoștința Consiliului faptul că divergențele referitoare la devizul privind organizarea de șantier și implicit cu privire la elementele din deviz privind costurile de înființare a organizării de șantier, cât și de costurile/cheltuielile pentru desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural nu ar fi existat dacă autoritatea contractantă ar fi înțeles că societatea sa a prevăzut încă din momentul inițial al depunerii ofertei costurile, atât pentru înființarea și desfacerea organizării de șantier, cât și costuri privind refacerea cadrului natural afectat de acesta.

Mai mult decât atât, SC ..... SRL apreciază că respingerea ofertei sale ca neconformă în această etapă a procedurii reprezintă o măsură prematură și nejustificată, cu atât mai mult cu cât prin modul de redactare a răspunsului nr. 16/19.06..... la solicitarea de clarificări, la aspectele privind organizarea de șantier, autoritatea contractantă a lăsat loc de interpretări, în sensul dacă se cuprinde sau nu distinct anumite elemente în deviz, rămânând la latitudinea ofertanților structurarea și bugetarea devizului privind organizarea de șantier.

Mai apreciază SC ..... SRL că măsura autorității contractante de respingere a ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă reprezintă o măsură exagerată în condițiile în care din punct de vedere tehnic și-a asumat respectarea condițiilor privind mediul prin Formularul 9, cu rol de garanție pentru autoritatea contractantă în ceea ce privește respectarea de către ofertanți a legislației în domeniul mediul.

Totodată, din punct de vedere economic, SC ..... SRL susține că a arătat prin răspunsurile la solicitările de clarificări faptul că desfacerea organizării de șantier nu va necesita cheltuieli suplimentare față de cele cuprinse inițial în deviz, în condițiile în care desfacerea șantierului este evidentă, indiferent de lucrare, iar costurile ocazionate în acest sens au fost cuprinse de către societatea sa la pozițiile inițiale din deviz, cele privind organizarea de șantier.

În condițiile în care autoritatea contractantă nu a menționat clar cum trebuie să arate structura devizului privind organizarea de șantier, structura și bugetarea devizului privind organizarea de șantier fiind lăsată la latitudinea fiecărui ofertant, SC ..... SRL apreciază că solicitarea din adresa nr. 165/27.10....., prin care s-a insistat, încă o dată, să precizeze modalitatea în care consideră îndeplinită cerința privind înființarea și desființarea organizării de șantier nu își mai avea locul. Însă, pentru a clarifica aceste aspecte, a formulat răspunsul nr. 2772/31.10..... și a atașat devizul privind Organizarea de șantier, în care a arătat, la punctele 6, 7, 8, demersurile pe care le va realiza, în vederea refacerii cadrului natural și, implicit, modul în care va respecta condițiile de mediu.

SC ..... SRL atrage atenția Consiliului că nu a modificat conținutul propunerii tehnice în ceea ce privește devizul privind organizarea de șantier în condițiile în care costurile ocazionate cu desfacerea organizării de șantier au fost cuprinse încă de la început în oferta sa, iar sub aspectul formei devizului, nici nu poate fi vorba de o modificare, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a stabilit expres modul în care trebuie să fie structurat devizul în cauză.

Pe de altă parte, SC ..... SRL consideră prematură respingerea ofertei sale, ca neconformă, în temeiul art. 134 alin. (6), în condițiile în care situația ei s-ar încadra, cel puțin, la prevederile art. 134 alin. (7), ce reprezintă excepția de la alin. (6) al aceluiași articol, pe care îl citează.

Totodată, alin. (8) al art. 134 clarifică, și mai mult, noțiunea de abatere tehnică minoră, astfel: "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," ori clarificările aduse de către SC ..... SRL devizului privind organizarea de șantier prin adăugarea elementelor de deviz de la punctul 6, 7 și 8 se încadrează în dispoziția legală amintită fiind nu doar viciu de formă, ci și o abatere tehnică minoră ce nu a dus la depunerea unei noi oferte.

În aceeași ordine de idei, SC ..... SRL apreciază că e nejustificată respingerea ofertei sale, ca neconformă, în condițiile în care potrivit art. 134 alin. (9) "O modificare a propunerii tehnice nu poate fi considerată o abatere tehnică minoră a ofertei inițiale în următoarele situații: a) cuantificarea teoretică în valoare monetară a respectivei abateri/omisiuni depășește 1% din prețul total al ofertei". Este mai mult decât evident, independent de deschiderea propunerii financiare, faptul că sumele necesare desfacerii organizării de șantier și refacerii cadrului

natural sunt nesemnificative, raportate la valoarea totală a ofertei și nu depășește, sub nici o formă, limita legală, de maxim 1%.

Având în vedere dispozițiile legale prezentate, SC ..... SRL susține că includerea în deviz a elementelor privind desfacerea șantierului nu poate reprezenta motiv de respingere a ofertei ca neconformă și, cu atât mai mult ca inacceptabilă în condițiile în care:

- structurarea și bugetarea devizului privind organizarea de șantier a fost lăsată la latitudinea ofertanților;
- redepunerea devizului Organizare de șantier cu adăugarea elementelor de deviz de la pct. 6, 7 și 8 reprezintă cel mult un viciu de formă, respectiv o abatere tehnică minoră;
- nu a condus la depunerea unei noi oferte, ci doar a unui deviz completat cu elemente care nu modifică sub nicio formă costul ofertei deja depuse, așa cum va rezulta și urmare deschiderii propunerii financiare;
- cuantificarea în valoare monetară a omisiunii nu depășește 1% din prețul total al ofertei;
- defacerea de șantier reprezentând o operațiune deja cuprinsă de către societatea sa în costurile de înființare a organizării de șantier și asumată prin completarea formularului 9.

Referitor la respingerea ofertei sale ca inacceptabilă în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, SC ..... SRL apreciază că nu s-a ținut cont sub nicio formă de răspunsul său punctual nr. 2772/31.10..... la solicitarea de clarificări a autorității contractante, răspuns la care a atașat devizul privind organizarea de șantier, în care a introdus elemente de deviz separate privind desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural, răspuns care, având în vedere adresa nr. 165/27.10..... a autorității contractante, a apreciat că este necesar să fie formulată în acest mod și la care a anexat devizul privind organizarea de șantier cu clarificările solicitate.

Subliniază încă o dată SC ..... SRL că a cuprins încă de la momentul depunerii ofertei costul privind desfacerea șantierului și refacerea cadrului natural în costurile privind organizarea de șantier însă, la insistențele autorității contractante de a oferi un "răspuns clar" s-a ajuns la situația absurdă de respingere a ofertei sale în etapa evaluării tehnice pentru clarificările aduse devizului privind organizarea de șantier.

Apreciază contestatoarea a treia că respingerea ca inacceptabilă a ofertei sale pentru clarificările aduse devizului privind organizarea de șantier reprezintă o măsură subiectivă a autorității contractante și care o face să presupună o încercare de favorizare a unui anumit ofertant în condițiile în care, inițial structura și bugetarea devizului privind organizarea de șantier a fost lăsată la latitudinea fiecărui ofertant (autoritatea contractantă nu a pus la dispoziția ofertanților o listă de cantități privind lucrările aferente organizării de șantier) și fiecare ofertant a completat formularul 9, iar ulterior, în mijlocul verificărilor se insinuează că nu ar fi cuprins în deviz anumite costuri, în condițiile în care devizul privind organizarea de șantier nu avea de la început o formă prestabilită.

SC ..... SRL susține că autoritatea contractantă se contrazice și încearcă să o inducă în eroare cu privire la forma devizului ori, la prima solicitare de clarificări a arătat că "la stabilirea prețurilor pentru devizul Organizare de șantier s-a ținut cont atât de costurile de înființare a organizării de șantier, cât și de costurile/cheltuielile pentru desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural, conform Formularului 9", iar la a doua solicitare de clarificări a atașat devizul privind organizarea de șantier cu elementele de deviz separate privind desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural, arătând că și în această situație deține o ofertă valabilă și conformă în condițiile în care, diferențele de preț ce ar rezulta din elementele adăugate se încadrează la viciile de formă, conform art. 134 alin. (7) lit. b) și alin. (8) din Legea nr. 98/2016, reprezentând cel mult o abatere tehnică minoră, deoarece cuantificarea teoretică a abaterii tehnice în cauză nu depășește 1 % din prețul total al ofertei.

În aceeași ordine de idei, SC ..... SRL arată că suspiciunea de subiectivitate a autorității contractante, de favorizare a anumitor ofertanți subzistă cât timp problema privind înțelegerea modului în care autoritatea contractantă a dorit să arate devizul privind organizarea de șantier a existat și la alți ofertanți, iar raportat la întreaga stare de fapt, excluderea din procedură ca măsură sancționatorie, aplicată pentru deficiențe minore, încalcă principiul proporționalității, principiu aplicabil chiar și în situația în care s-ar afla în situația unei abateri tehnice minore, legea achizițiilor publice permițând ofertanților rămânerea în procedură cu condiția ca abaterea să fie cuantificată la maxim 1% din prețul ofertat (astfel cum este și în cazul său) ori, în condițiile în care autoritatea contractantă nu a verificat încă propunerea sa financiară, apreciază măsura de excludere a ofertei sale ca neconformă și inacceptabilă ca fiind prematură.

Raportat la prevederile art. 2 alin. (2) din Legea nr. 98/2016, modul de desfășurare a licitațiilor publice este guvernat de principiul proporționalității, fapt pentru care contestatoarea apreciază că orice măsură de excludere ar trebui temeinic justificată, excluderea sa reprezintă ultima măsură la care autoritatea contractantă să apeleze și doar ulterior analizării întregii oferte a participanților, implicit a propunerii financiare.

SC ..... SRL apelează la raționamentul Consiliului în vederea clarificării aspectelor prezentate cu mențiunea că, din punct de vedere jurisprudențial, Curtea îmbrățișează opinia potrivit căreia nu este legală și nici oportună respingerea unei oferte pentru deficiențe minore, fiind necesar a se păstra un just echilibru între deficiențele constatate și măsura aplicată de autoritatea contractantă. Excluderea din procedură ca măsură sancționatorie aplicată pentru deficiențe minore încalcă principiul proporționalității, criteriu care este de cele mai multe ori decisiv în evaluarea legalității acțiunilor instituțiilor statului.

În drept, contestatoarea invocă prevederile Legii nr. 101/2016, ale Legii nr. 98/2016 și cele ale HG nr. 395/2016.

În cadrul procedurii a fost înaintată Consiliului și contestația nr. ...../....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. ...../....., formulată de către SC ..... SRL, prin care se atacă comunicarea intermediară - finalizare evaluare tehnică nr. 181 din 15.11....., solicitând anularea ei, anularea raportului de atribuire și reevaluarea ofertei sale cu permiterea remedierii/corectării viciilor de formă și a abaterii tehnice minore.

Preliminar, SC ..... SRL aduce în discuție legitimitatea demersului său dat fiind interesul pe care îl prezintă în raport cu rezultatul procedurii comunicat de autoritatea contractanta, susținând că, contestația sa a fost înaintată cu respectarea art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016 și cu parcurgerea/realizarea demersurilor anterioare impuse de prevederile art. 6 din același act normativ.

SC ..... SRL învederează faptul că prin solicitarea de clarificări nr. 134/26.09....., comisia de evaluare i-a solicitat clarificarea aspectelor referitoare la lipsa din ofertă a paginilor 475 – 613 și să precizeze/clarifice modalitatea în care îndeplinește cerințele fișei de date/documentației de atribuire având în vedere că aceste elemente nu au fost prezentate în propunerea tehnică, iar prin răspunsul său nr. 1407/27.09..... a făcut cunoscut comisiei de evaluare faptul că neconcordanțele și insuficiențele constatate sunt rezultatul unei erori de tipărire/scanare/încărcare în SEAP, și că depune înscrisurile în cauză, înscrisuri care cuprind informații ce se regăsesc și se susțin pe alte informații existente în cadrul ofertei depuse inițial.

De asemenea, contestatoarea a treia susține că oferta sa a fost considerată neconformă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016 întrucât prin răspunsul nr. 1407/27.09..... la solicitarea de clarificări a autorității contractante a modificat conținutul propunerii tehnice, și inacceptabilă în temeiul prevederilor art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 întrucât comisia de evaluare a considerat că documentele prezentate în cadrul răspunsului nr. 1407/27.09....., respectiv paginile 475 – ....., nu pot fi considerate ca făcând parte din categoria viciilor de formă prevăzute la art. 135 alin. 3 din HG nr. 395/2016 cu modificările și completările ulterioare, iar prin acceptarea acestora s-ar crea un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedura de atribuire.

Mai arată contestatoarea că, prin notificarea prealabilă nr. 1638/20.11....., a solicitat comisiei de evaluare, ca măsură de remediere, reevaluarea ofertei sale, cu luarea în considerare a faptului că se află în situația unor vicii de formă și a unor abateri tehnice minore a căror corecție nu implică o modificare substanțială a propunerii tehnice și nu afectează în niciun fel conținutul propunerii financiare depuse de societatea sa, făcând trimitere în susținerea solicitării sale la textele de lege incidente, solicitând Consiliului să le aibă în vedere în soluționarea litigiului, respectiv art. 134 din HG nr. 395/2016 alin. (6)-(9) și art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, pe care le citează.

Bazat pe situația de fapt și pe temeiurile de drept indicate, SC ..... SRL susține că a solicitat comisiei de evaluare să aibă în vedere faptul că, prin răspunsul prezentat în data de 29.09....., la solicitarea de clarificări nr. 134/26.09....., a prezentat documente care sunt susținute, sub aspectul conținutului de informații, și documente existente în propunerea tehnică depusă și a căror prezentare la 29.09..... nu ar fi de măsură să:

- modifice propunerea tehnică depusă inițial, parte din ele putând fi regăsite în propunerea financiară criptată;
- conducă la eludarea aplicării acelor prevederi ale legii care instituie obligații ale autorității contractante în raport cu anumite praguri valorice;
- afecteze valoric propunerea financiară și clasamentul ofertanților;
- contravină unor prevederi exprese de declarare a inadmisibilității unei oferte cuprinse în documentația de atribuire publicată în SEAP.

Astfel, SC ..... SRL arată că o analiză atentă ar fi relevat comisiei de evaluare faptul că, în ceea ce privește resursele de personal (pag. 475, 476 - 483), se regăsesc în propunerea sa tehnică informații susținătoare la Metodologia și planul de lucru (începând cu pag. 26), la secțiunea referitoare la modul în se realizează accesul la specialiștii necesari pentru asigurarea nivelului de calitate corespunzător (de la pag. 790), aici fiind chiar identificați toți, și, clar, regăsindu-se și în listele de cantități, la costurile cu personalul și resursele umane; astfel că, acceptarea răspunsului prezentat la data de 29.09..... nu ar fi fost nereglementată și permisă de lege atât timp cât se află în fața unor documente cu caracter descriptiv/de confirmare/de angajament susținute de alte informații și documente din propunerea tehnică.

În ceea ce privește Programul de execuție și planul de control al calității, SC ..... SRL menționează că, în propunerea tehnică, a fost depus, de la pag. 124 până la 148, programul calității astfel că, așa cum a arătat, apreciază că acceptarea răspunsului prezentat la data de 29.09..... (pag. 476-483, pag. 484 - 504 și 505 - .....) nu ar fi fost nereglementată și permisă de lege, atât timp cât se află în fața unor documente cu caracter descriptiv/de confirmare/de angajament susținute de alte informații și documente din propunerea tehnică.

Referitor la listele de cantități de lucrări (pag. 526 - 788), SC ..... SRL menționează că a prezentat comisiei de evaluare, la data notificării prealabile, declarația sa că aceste liste se găsesc în maniera identică, completate doar cu valori, în cuprinsul propunerii financiare depusă în SEAP și că înțelege că dacă se va dispune declararea inadmisibilității ofertei sale în situația în care după data decriptării ofertei se constată aspecte contrare celor declarate de ea și solicită Consiliului să oblige comisia de evaluare la constatarea identității dintre listele de cantități din propunerea tehnică cu cele din propunerea financiară,

apreciind că prin acesta nu se aduce nicio lezare vreunui text de lege incident și nici o afectare a interesului altui participant la procedură.

De asemenea, SC ..... SRL arată că a solicitat comisiei de evaluare, la data notificării prealabile, să aibă în considerare angajamentul privind executarea contractului în condițiile impuse prin documentația depusă în cadrul ofertei de societatea sa, cât și angajamentul său de la data notificării și că toate informațiile și documentele din componenta propunerii tehnice au fost cuprinse/elaborate la data depunerii ofertei în cunoștința documentației de atribuire postată în SEAP și cu însușirea întocmai și în tot a condițiilor precizate în aceasta.

În susținerea contestației sale și în argumentarea motivelor pentru care aceasta ar trebui să fie admisa, SC ..... SRL arată CNSC faptul că, în ce o privește, acceptarea clarificării prezentate de societatea sa la 29.09..... și declararea conformității propunerii tehnice nu i-ar aduce un avantaj competitiv nejustificat în raport cu restul ofertanților în condițiile în care documentele în cauză cuprind mai mult aspecte pur descriptive/de confirmare/de asumare a mențiunilor referitoare la modul de executare a viitorului contract și nu detalii efective de execuție care nu se pot regăsi în restul propunerii tehnice depusă și, totodată, avându-se în vedere că nu a fost precizată în documentația de atribuire sancțiunea expresă a declarării neconformității ofertei în situații similare prezentei.

În concluzie, date fiind cele expuse, SC ..... SRL solicită CNSC să constate că decizia de declarare a ofertei sale inacceptabilă și neconformă este nelegală și, pe cale de consecință, să admită contestația.

Precizează contestatoarea faptul că, funcție de argumentele și considerentele pe care autoritatea contractantă le va cuprinde în punctul său de vedere, își rezervă dreptul de a completa contestația, cu eventuale susțineri și documente probatoare.

În drept, contestatoarea invocă prevederile art. 8 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 101/2016.

Prin adresa nr. 197/04.12....., înregistrată la CNSC sub nr. 51745/05.12....., autoritatea contractantă a transmis punct de vedere față de cele trei contestații formulate în procedura din speță, solicitând respingerea lor, ca nefondate/lipsite de temei.

Referitor la contestația formulată de SC ..... SRL, autoritatea contractantă susține că, în cadrul analizării propunerii tehnice, i-au fost solicitate ofertantului clarificări, privind omisiunile/abaterile constatare la nivelul ofertei tehnice, prin adresele nr. 136/26.09 ....., respectiv nr. 166/27.10..... și, ca răspuns la solicitarea de clarificări nr. 136/26.09....., prin adresa nr. 1987/29.09....., ofertantul a precizat că: Referitor la organizarea de șantier s-a prevăzut, atât montarea, cât și desfacerea organizării de șantier conform Propunere tehnică pag. 351, iar cheltuielile privind refacerea cadrului natural nu a fost cuantificat separat fiind suportate din cheltuielile indirecte.

Pentru a clarifica considerentele pentru care ofertantul a indicat posibilitatea suportării cheltuielilor de refacere a cadrului natural din cheltuielile indirecte, contrar prevederilor Ordinului nr. 1568/2002 invocat de însăși contestatoare, precizează autoritatea contractantă, i-a adresat solicitarea suplimentară de clarificări nr. 166/27.10....., iar prin adresa nr. 2209/01.11....., s-a depus în SEAP răspunsul, însă ofertantul s-a limitat la a reitera răspunsul anterior, menționând, din nou "[...] cheltuielile privind refacerea cadrului natural nu a fost cuantificat separat fiind suportate din cheltuielile indirecte [...]".

Autoritatea contractantă arată că, față de susținerile ofertantului, prezentate ca răspuns la solicitările de clarificări, comisia de evaluare a reținut că, în categoria cheltuielilor indirecte, nu poate fi încadrat tipul de cheltuială dorit a fi justificat, Ordinul nr. 1568/2002 invocat, de către contestatoare, reglementând în mod expres care sunt cheltuielile care pot fi încadrate/suportate din procentul alocat cheltuielilor indirecte, cheltuielile invocate/susținute de ofertant neregăsindu-se în categoriile reglementate legal, din aceste cheltuieli.

În consecință, autoritatea contractantă apreciază că operatorul economic a fost și este în eroare cu privire la tipurile/categoriile de cheltuieli care se pot deconta din procentul alocat cheltuielilor indirecte, cheltuielile privind refacerea cadrului natural sunt cheltuieli directe, reglementate, atât de HG nr. 28/2008, cât și de HG nr. 907/2016.

Cât privește modul de întocmire a ofertei, raportat la conținutul documentației de atribuire, necontestat de către operatorii economici participanți la procedură, după cum susține și contestatoarea, autoritatea contractantă susține că fiecare ofertant trebuia să se raporteze la conținutul ei, în momentul întocmirii ofertei.

Faptul că s-a lăsat la latitudinea fiecărui ofertant propria organizare de șantier nu înseamnă că aceștia nu au obligația de a cuprinde, în cadrul devizului Organizare de șantier, cheltuieli pentru refacerea cadrului natural, după cum a fost specificat și în răspunsul la clarificarea nr. 1/19.06....., la documentația de atribuire, postat în SEAP la data de 19.06....., ora 09:55, respectiv "[...] După terminarea lucrărilor executantul va reface terenul prin evacuarea materialului de umplutură, așternere de teren vegetal și gazonare". Aceasta, tocmai în scopul de a se respecta nu doar legislația achizițiilor publice, ci și pentru o evaluare unitară a ofertanților și a respectării legislației de mediu.

Autoritatea contractantă susține că ofertantul este în eroare când afirmă că, "[...] în conformitate cu prevederile art. 5.1. Organizare de șantier din HG nr. 907/2016, cheltuielilor aferente amenajării pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială a terenului nu fac parte din categoria cheltuielilor privind organizarea de șantier", arătând că potrivit HG nr. 907/2016 "ANEXA nr. 6: METODOLOGIE privind elaborarea devizului general a devizului pe obiect CAPITOLUL I: Structura devizului general Devizul general se structurează pe capitole și subcapitole de cheltuieli. În cadrul fiecărui capitol/subcapitol de cheltuieli se înscriu obiectele de investiție (la cap. 4 și, după caz, la subcap. 1.2,

1.3, 2, 3.1, 5.1) sau natura cheltuielilor (la celelalte capitole/subcapitole).[...] SECȚIUNEA 5: Alte cheltuieli 5.1. Organizare de șantier.

Cuprinde cheltuieli necesare în vederea creării condițiilor de desfășurare a activității de construcții-montaj, din punct de vedere tehnologic și organizatoric.

5.1.1. Lucrări de construcții și instalații aferente organizării de șantier

Cuprinde cheltuieli aferente realizării unor construcții provizorii sau amenajări în construcții existente, precum și cheltuieli de desființare a organizării de șantier:

[...]

m) cheltuieli pentru desființarea organizării de șantier, inclusiv cheltuielile necesare readucerii terenurilor ocupate la starea lor inițială, la terminarea execuției lucrărilor de investiții, cu excepția cheltuielilor aferente pct. 1.3 *Amenajări pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială" din structura devizului general*;;

La "pct. 5.1.2. Cheltuieli conexe organizării de șantier

Cuprinde cheltuielile pentru:

[...]

j) cheltuielile necesare readucerii terenurilor ocupate la starea lor inițială, la terminarea execuției lucrărilor de investiții/intervenții, operațiune care constituie obligația executanților, cu excepția cheltuielilor aferente pct. 1.3 *Amenajări pentru protecția mediului și aducerea la starea inițială* din structura devizului general; [...]".

Prin urmare, autoritatea contractantă susține că, cheltuielile de aducere a terenului la starea inițială ca urmare a desființării organizării de șantier, sunt cheltuieli directe, cotate ca atare în cadrul devizului general/pe obiect, CAP. 5.1 din devizul general, după cum bine au înțeles ceilalți participanți la procedură când au evidențiat aceste cheltuieli prin prisma răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 1/19.06..... la documentația de atribuire, postat în SEAP la data de 19.06....., ora 09:55.

Prin urmare, arată autoritatea contractantă, cheltuielile aferente cap. 5.1. din devizul general (organizarea de șantier, desfacerea organizării de șantier, refacerea cadrului natural ca urmare a desfacerii șantierului) nu pot fi acceptate ca fiind suportate din categoria cheltuielilor indirecte, acestea fiind cheltuieli directe, necesar a fi evidențiate, ca atare, în devizul general, iar acceptarea unei alte abordări ar crea un avantaj operatorului economic față de ceilalți ofertanți.

Întrucât ofertantul nu a prevăzut la nivel de deviz (ca și cheltuieli directe) cheltuielile cu aducerea terenului la starea inițială, ci doar la nivel declarativ, prin intermediul răspunsurilor la solicitările de clarificări, fără cuantificarea acestora și indicarea precisă a modului de calcul a modalității în care acestea pot fi acoperite din suma alocată cheltuielilor indirecte, comisia de evaluare, având în vedere dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 a declarat oferta SC ..... SRL inacceptabilă, răspunsul prezentat de ofertant fiind considerat neconcludent.

Referitor la contestația formulată de SC ..... SRL, autoritatea contractantă susține că, comisia de evaluare a analizat propunerea tehnică depusă de SC ..... SRL, coroborând documentele depuse inițial cu cele două răspunsuri la solicitările de clarificări depuse de operatorul economic și a declarat oferta acestuia neconformă, în temeiul art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016.

Fără a mai relua considerentele enunțate referitor la obligativitatea întocmirii ofertelor în concordanță cu documentația de atribuire necontestată de operatorii economici și care devine astfel "legea părților", autoritatea contractantă precizează că insinuările și acuzele ofertantului, respectiv faptul că membrii comisiei de evaluare a ofertelor au analizat imparțial ofertele depuse în procedura de atribuire, nu au vreun suport real și nu consideră necesar să răspundă cât timp conduita comisiei este relevată de înscrisurile întocmite și susținută de dispozițiile legale aplicabile în materie.

Faptul că au fost solicitate clarificări repetate operatorului economic în sensul clarificării și înțelegerii corecte de către comisia de evaluare a modului de ofertare/întocmire ofertă tehnică, denotă nu o defectuozitate a analizării ofertei depuse, ci mai degrabă o diligență de a interpreta corect oferta depusă, și nu "după bunul plac răspunsurile [...] cu privire la solicitările de clarificări".

Autoritatea contractantă susține că, în propunerea tehnică inițială, ofertantul a prezentat Devizul aferent organizării de șantier fără a cota cheltuielile aferente desfacerii organizării de șantier, a refacerii cadrului natural, conform Răspuns la solicitarea de clarificări nr. 1/19.06....., postat în SEAP la data de 19.06....., ora 09:55. Pentru a înțelege cât mai corect modul de ofertare, care sunt lucrările efective care se vor executa pe parcursul derulării contractului, a avea certitudinea că vor fi respectate nu doar prevederile documentației de atribuire ci și legislația complementară/adiacentă, pentru a se asigura o evaluare unitară a ofertelor, comisia de evaluare a considerat necesar și oportun să solicite operatorului economic clarificări cu privire la aspectele legate de Organizarea de șantier (organizare/desfacere) și refacerea cadrului natural, ca urmare a dezafectării organizării de șantier, aceste categorii de lucrări nefiind regăsite detaliat în oferta inițială/devizul inițial, aspect care nu constituie o insinuare a comisiei de evaluare, ci o realitate a ofertei depuse.

Mai mult, autoritatea contractantă menționează că, comisia de evaluare nu are niciun fel de divergență cu operatorul economic legată de devizul privind Organizarea de șantier, ci mai degrabă a avut neclarități privind modul de ofertare a acestui deviz, a lucrărilor pe care trebuia să le cuprindă. Neregăsindu-se ofertate la nivelul acestui deviz toate/orice costuri legate de Organizarea de șantier, conform răspunsului la solicitarea de clarificări nr. 1/19.06..... (fără a mai relua considerentele enunțate în punctul de vedere referitor la contestația formulată de SC ..... SRL cu privire la ofertarea, componența cheltuielilor legate de organizarea de șantier, care sunt legiferate ca fiind

cheltuieli directe, cap. 5.1.1. din cadrul Devizului general), comisia de evaluare a considerat oportun și necesar, anterior luării unei decizii să solicite din nou clarificări ofertantului asupra modului în care acesta a înțeles să cuantifice și să suporte aceste lucrări/costuri și unde se regăsesc acestea evidențiate.

Având în vedere că operatorul economic a ofertat inițial doar costurile legate de organizarea de șantier (a se vedea devizul inițial, pozițiile 1-5), apoi a revenit și a afirmat că "[...] subscrisa a prevăzut încă din momentul inițial [...] costurile atât pentru inființarea și defacerea organizării de șantier" (fără a se regăsi evidențiate în documentele depuse cantități de lucrări specifice desfacerii organizării de șantier), "cât și costuri privind refacerea cadrului natural afectat de acesta", toate aceste costuri nefiind scrise în devizul pe obiect inițial, autoritatea contractantă susține că acest fapt nu i-a dat certitudine că aceste costuri au fost luate în considerare, că se vor realiza lucrările necesare la finalul proiectului. Modalitatea în care vor fi acestea cuantificate și urmăribile în vederea decontării (câtă vreme nu se cunosc exact lucrările care se vor realiza, materialele ce se vor folosi), este imposibilă.

Autoritatea contractantă precizează că, în Răspunsul la Clarificarea nr. 1/19.06..... s-a specificat clar că "[...] După terminarea lucrărilor executantul va reface terenul prin evacuarea materialului de umplutură, așternere de teren vegetal și gazonare" tocmai în scopul de a se respecta nu doar legislația achizițiilor publice, pentru o evaluare unitară a ofertanților, ci și legislația de mediu. Ori, din oferta depusă inițial se poate lesne observa că ofertantul a cuprins în devizul Organizare de șantier doar parțial lucrările indicate ca fiind necesare (consumurile urmând a fi stabilite de fiecare ofertant în mod independent).

Prin urmare, comisia de evaluare a apreciat necesar a se reveni asupra acestor lucrări/cheltuieli cu noi clarificări de confirmare/precizare/justificare a modului de îndeplinire a cerințelor (adresa nr. 165/27.10.....), fără a avea intenția de a șicana sau incomoda ofertantul, ci doar de a-si clarifica modul în care se va îndeplini/executa viitorul contract.

Autoritatea contractantă susține că, prin adresa nr. 2772/31.10....., ca răspuns la cea de-a doua solicitare de clarificări, ofertantul a depus un nou deviz pentru Organizarea de șantier prin care a modificat propunerea tehnică inițială, introducând 3 poziții în Devizul articolului Organizare de șantier neregăsite în varianta inițială, modificarea operată fiind apreciată de comisia de evaluare că nu se încadrează în categoria viciilor de formă, întrucât pozițiile 6, 7, 8 nu au fost prevăzute în devizul inițial privind Organizarea de șantier, iar informațiile respective nu se mai regăsesc în alte documente din cadrul ofertei și nici nu reprezintă abateri tehnice minore, în accepțiunea art. 134 alin. (8) sau alin. (9) din HG nr. 395/2016.

În continuare, autoritatea contractantă susține că, considerentele declarării ca inacceptabilă a ofertei depuse de către SC ..... SRL, raportat la cuantificarea, evidențierea și încadrarea cheltuielilor privind

desfacerea organizării de șantier și refacerea cadrului natural la nivelul devizului general, sunt identice cu cele dezvoltate față de contestația depusă de SC ..... SRL, exceptând faptul că ofertantul în cauză a prevăzut suportarea/decontarea acestora, din profit.

Or, cheltuielile de aducere a terenului la starea inițială, ca urmare a desființării organizării de șantier, sunt cheltuieli directe, care trebuiau cotate ca atare, în cadrul devizului general/pe obiect, CAP. 5.1 din devizul general, după cum bine au înțeles ceilalți participanți la procedură.

Autoritatea contractantă arată că explicația, potrivit căreia, cheltuielile aferente cap. 5.1. din Devizul general (organizarea de șantier, desfacerea organizării de șantier, refacerea cadrului natural ca urmare a desfacerii șantierului) pot fi suportate din profit nu poate fi acceptată, acestea fiind cheltuieli directe, necesar a fi evidențiate ca atare în devizul general, acceptarea unei alte abordări ar crea un avantaj operatorului economic față de ceilalți ofertanți.

Coroborând răspunsurile ofertantului la solicitările de clarificări, incoerența acestuia în formularea răspunsurilor care a dus, din punctul de vedere al autorității contractante la depunerea unei noi oferte tehnice, respectiv a unei propuneri tehnice modificate, noi liste de cantități pentru Organizarea de șantier în care au fost incluse și cheltuielile privind desfacerea organizării de șantier precum și refacerea cadrului natural, pentru ca apoi să menționeze că acestea vor fi suportate din profit, a determinat comisia de evaluare să considere răspunsurile prezentate ca neconcludente și, prin urmare, să declare propunerea tehnică prezentată ca inacceptabilă.

Referitor la contestația nr. ...../..... formulată de contestatoarea SC ..... SRL, autoritatea contractantă susține că, analizând propunerea tehnică a acesteia, depusă în SEAP, comisia de evaluare a constatat că o parte a propunerii tehnice lipsește, respectiv pag. 475 - 612.

Anterior luării unei decizii, autoritatea contractantă arată că au fost solicitate operatorului economic clarificări cu privire la propunerea tehnică depusă, respectiv la faptul că din acesta, față de cerințele din documentația de atribuire, lipseau, printre altele, următoarele informații:

"- nu ați prezentat o organigramă cuprinzătoare privind resursele implicate în execuția contractului, care să identifice în mod clar tot personalul și echipamentele pe care intenționați să le utilizați la realizarea lucrărilor;

- nu ați prezentat o listă cu utilajele care vor fi puse la dispoziție pentru execuția lucrărilor;

- nu ați prezentat în cadrul organigramei numărul de muncitori pentru execuția lucrărilor;

- Listele de cantități nu sunt complete. O parte din ele lipsesc integral, respectiv: str. 1 ....., str. 1'....., str. Paralela cu DN 79 așa se numesc aceste două străzi? , str. 7 ..... Pentru str. 7

Prelungire ..... așa se numește strada? lipsesc devizele până la devizul semnalizare rutieră (începe cu acest deviz).”

De asemenea, autoritatea contractantă precizează că, comisia de evaluare i-a solicitat contestatoarei a treia precizarea/clarificarea modalității în care sunt îndeplinite cerințele fișei de date/documentației de atribuire având în vedere că aceste elemente nu au fost prezentate în propunerea tehnică/lipseau din aceasta și prezintă răspunsul acesteia nr. 1407/27.09.....

Contrar celor susținute de operatorul economic prin prisma răspunsului la solicitarea de clarificări și a notificării prealabile formulate, autoritatea contractantă susține că informațiile lipsă din cuprinsul acestor pagini, parte integrantă din propunerea tehnică, nu pot fi regăsite în cadrul altor documente incluse în propunerea tehnică sau în orice alte documente din cadrul ofertei, exceptând infomațiile de la pag. 526 - 612 (cuprinzând listele de cantități de lucrări, extrasele de resurse) pentru care există posibilitatea/probabilitatea de a fi regăsite în cadrul propunerii financiare.

În consecință, comisia de evaluare a considerat, în temeiul prevederilor art. 134 alin. (6) din HG nr. 395/2016, neconformă propunerea tehnică depusă, deoarece prin răspunsul nr. 1407/27.09..... prezentat ca urmare a solicitării de clarificări nr. 134/26.09....., acesta a modificat conținutul propunerii tehnice și, totodată inacceptabilă întrucât, prin același răspuns, argumentele prezentate privind neajunsurile/lipsurile constatate la nivelul propunerii tehnice nu pot fi încadrate în categoria viciilor de formă, în accepțiunea art. 135 alin. (3) din HG nr. 395/2016, sens în care, într-o abordare contrară, s-ar crea un avantaj incorect în raport cu ceilalți participanți la procedură.

Având în vedere temeiurile de fapt și dispozițiile legale arătate, autoritatea contractantă solicită respingerea contestațiilor formulate de SC ..... SRL, SC ..... SRL și SC ..... SRL, ca lipsite de temei și nefondate.

În drept, autoritatea contractantă invocă art. 18 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 și normele arătate în punctul de vedere.

Prin adresa nr. 617/11.12....., înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 52844/11.12....., SC ..... SRL a transmis Concluzii scrise, prin care reiterează susținerile sale din cuprinsul contestației inițiale și scoate în evidență nelegalitatea deciziei privind oferta sa, inclusiv încălcarea principiului tratamentului egal.

SC ..... SRL susține că în cazul altor ofertanți, care, deși au prezentat oferte având abateri tehnice minore, autoritatea contractantă le-a considerat admisibile, fiind evident că evaluarea lor s-a realizat cu încălcarea principiului tratamentului egal.

În susținerea celor arătate, SC ..... SRL solicită Consiliului să aibă în vedere că, cel puțin, cu privire la următorii ofertanți, autoritatea contractantă a adoptat o atitudine diferită, făcând aplicabilitatea art. 134 alin. (7) din HG nr. 395/2016, cu toate că s-a aflat în situații similare:

- DUMEXIM SRL - comisia de evaluare a acceptat neconcordanța dintre suprafața platformei balastate și suprafața refacerii organizării de șantier - a se vedea în acest sens Procesul-verbal nr. 174 din 14.11..... - pag. 1181- 1192 de la dosarul achiziției;

- Asocierea ....SRL- ....SRL - comisia de evaluare a acceptat neconcordanța referitoare la devizul Podeț dalat B=0.50 M, 1=16,00, când ofertantul a declarat că își asumă cantitatea corectă - a se vedea în acest sens Procesul-verbal nr. 163 din 26.10..... - pag. 1137-1158 de la dosarul achiziției;

- Asocierea ... SRL - ... SRL - comisia de evaluare a acceptat neconcordanța referitoare la devizul Podeț dalat B=0.50 M, 1-16,00, când ofertantul a declarat că își asumă cantitatea corectă - a se vedea în acest sens Procesul-verbal nr. 163 din 26.10..... - pag. 1137-1158 de la dosarul achiziției;

- ... SRL - comisia de evaluare a acceptat neconcordanța referitoare la devizul Podeț dalat B=0.50 M, 1=16,00, când ofertantul a declarat că își asumă cantitatea corectă - a se vedea în acest sens Procesul-verbal nr. 163 din 26.10..... - pag. 1137-1158 de la dosarul achiziției.

Contestatoarea SC ..... SRL susține că principiului tratamentului egal presupune că, oricând pe parcursul procedurii de atribuire, comisia de evaluare trebuie să stabilească și să aplice reguli și cerințe identice pentru toți operatorii economici, asigurând astfel acestora șanse egale la câștigarea contractului, fiind astfel de domeniul evidenței că autoritatea contractantă nu l-a respectat, din moment ce a respins oferta sa cu toate că oferta SC ..... SRL și răspunsurile la solicitările de clarificări au fost deopotrivă în aceeași linie cu celelalte oferte declarate admisibile.

După conexarea cauzelor, față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Pentru atribuirea unui contract de achiziție publică având ca obiect „....", ... (în calitate de autoritate contractantă) a inițiat procedura simplificată, prin publicarea în SEAP a anunțului de participare simplificat nr. ..... la data de ....., împreună cu documentația de atribuire aferentă.

Nemulțumite de rezultatul comunicării intermediare - finalizare evaluare tehnică nr. 179 din 15.11....., nr. 178 din 15.11..... și nr. 181 din 15.11....., SC ..... SRL, SC ..... SRL și SC ..... SRL au înaintat Consiliului contestațiile de față (după îndeplinirea procedurii notificării prealabile, stabilită la art. 6 din Legea nr. 101/2016), solicitând Consiliului cele menționate în partea introductivă a deciziei.

Văzând decizia de excludere a primelor două contestatoare, SC ..... SRL, SC ..... SRL, Consiliul constată că aceasta se bazează, parțial, pe un motiv comun, adică, pe pretinsa întocmire eronată a propunerii tehnice, în sensul că nu au fost cuprinse ”cheltuielile privind refacerea cadrului natural” în capitolul/subcapitolul aferent din devizul Organizare de șantier.

Prealabil analizei pe fond a criticilor formulate de cele două contestatoare, Consiliul are în vedere că SC ..... SRL invocă nulitatea absolută a actului de comunicare a excluderii sale din competiție, sub pretextul absenței unei motivări complete a deciziei. Contrar acestor susțineri, Consiliul constată că adresa nr. 179/15.11..... cuprinde motivația în fapt și în drept a stabilirii inacceptabilității ofertei.

Astfel, autoritatea contractantă a respectat dispozițiile art. 215 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 98/2016, informând contestatoarea că nu acceptă includerea costurilor asociate ”refacerii cadrului natural” în categoria cheltuielilor indirecte, așa cum a propus contestatoarea prin răspunsul de clarificare a ofertei.

Prin urmare, neexistând motivele de constatare a nulității absolute a actului atacat, invocate de contestatoare, Consiliul va face analiza celorlalte critici, pe fond.

Consiliul are în vedere că, prin răspunsul de clarificare a documentației de atribuire, invocat de părțile implicate în dispută (nr. 16/19.06.....), autoritatea contractantă a precizat că Organizarea de șantier se va oferta sub formă de deviz, indicând și condițiile care vor determina costurile ce vor fi relevate în acesta, respectiv: realizare împrejmuiri și balastare a platformei puse la dispoziție, amplasare containere, toalete și pichet PSI, dar și refacerea terenului, inclusiv, prin pământ vegetal și gazonare.

Totodată, Consiliul constată că fișa de date a achiziției indica și obligativitatea ofertanților ca, în propunerea tehnică, să cuprindă liste de cantități specifice (vezi secțiunea IV.4.1) Modul de prezentare a propunerii tehnice. *Propunerea tehnica va conține: 2. Listele cu cantitațile de lucrari, fișele tehnice și formularele completate conform caietului de sarcini, inclusiv pentru organizarea de șantier.*).

Întrucât nu a pus la dispoziție un formular dedicat acestui deviz (Organizare de șantier), autoritatea contractantă a lăsat la latitudinea ofertanților să prezinte propriul deviz (conform clarificării), din care să rezulte costurile de îndeplinire a condițiilor enumerate în răspunsul de clarificare.

Însă, având în vedere că autoritatea contractantă nu a făcut încă analiza propunerilor financiare, adică, a realității/sustenabilității prețurilor propuse prin oferte, Consiliul consideră că respingerea ofertelor pentru un aspect ce ține de formatul întocmirii devizului, și nu de efectivitatea cheltuielilor incluse, privind refacerea terenului, doar pe baza analizei conținutului listelor de cantități prezentate în propunerea tehnică reprezintă un demers formal și excesiv.

Conținutul formal al devizului în discuție nu a fost impus prin documentația de atribuire, precum nici posibila completare/corectare a lui.

Mai mult, întrebările de clarificare a aspectului în cauză nu au avut precizia necesară obținerii unui răspuns de corectare/completare sau confirmare a conținutului formal al propunerii tehnice. Autoritatea contractantă a solicitat informații legate de includerea în devizul *Organizare de șantier* a cheltuielilor pentru ”refacerea cadrului natural”.

Conform Metodologiei privind elaborarea devizului general şi a devizului pe obiect (Anexa 6 la HG nr. 907/2016), la secțiunea 5 sunt și *cheltuielile necesare readucerii terenurilor ocupate la starea lor iniţială, la terminarea execuţiei lucrărilor de investiţii/intervenţii, operaţiune care constituie obligaţia executanţilor, cu excepţia cheltuielilor aferente pct. 1.3 "Amenajări pentru protecţia mediului şi aducerea la starea iniţială" din structura devizului general.*

Astfel, se poate constata că există cheltuieli necesare readucerii terenurilor la starea inițială atât în subcapitolul 1.3. al devizului general cât și în subcapitolul 5.1.1 și 5.1.2 din secțiunea 5 a acestui deviz general. Conform metotologiei, Subcapitolul 1.3. al devizului general *Cuprinde cheltuielile efectuate pentru lucrări şi acţiuni de protecţia mediului, inclusiv pentru refacerea cadrului natural după terminarea lucrărilor, de exemplu:*

a) plantare de copaci;

b) reamenajare spaţii verzi;

c) reintroducerea în circuitul agricol a suprafeţelor scoase temporar din uz;

d) lucrări/acţiuni pentru protecţia mediului.

Or, cuprinderea cheltuielilor într-un subcapitol sau altul reprezintă, în fapt, o modalitate de previzionare a lor, fără a ține, exclusiv, de efectivitatea acestora (conform capitolului II din Metodologie, Structura devizului pe obiect - *Valoarea lucrărilor identificate, pe categorii de lucrări, în cadrul devizului pe obiect se evaluează/estimează justificat pe baza costurilor lucrărilor necesare a fi executate pentru realizarea obiectului de investiţii, la faza studiu de fezabilitate/documentaţie de avizare a lucrărilor de intervenţii.*).

De altfel, conform art. 10 din HG nr. 907/2016, valoarea devizului general se reactualizează, obligatoriu, după finalizarea procedurii de atribuire, prin grija investitorului, iar pe durata executării lucrărilor există posibilitatea compensării cheltuielilor între capitole/subcapitole de cheltuieli.

Prin urmare, formatul actual al devizelor cuprinse în oferte este nedefinitiv, inclusiv, în raport cu nivelul lor valoric, nefiind astfel justificată o respingere a ofertei pentru pretinsa incorectă includere a unor cheltuieli minore, în alte capitole ale devizului general, fără analiza sustenabilității valorii ofertei în ansamblu.

Consiliul consideră că ofertele primelor două contestatoare nu au fost încă analizate sub aspectul condițiilor de fond al cuprinderii cheltuielilor necesare execuției tuturor lucrărilor, întrucât propunerile lor financiare nu au fost deschise/analizate. În susținerea acestui considerent, Consiliul reține că, în secțiunea *IV.4.2) Modul de prezentare a propunerii financiare* a fișei de date a achiziției, autoritatea contractantă a precizat necesitatea prezentării listelor de cantități, în care să indice toate costurile necesare realizării lucrărilor.

Astfel, numai la analiza conținutului efectiv al costurilor, autoritatea contractantă putea verifica efectivitatea lor, în raport cu ansamblul

lucrărilor și destinația pe capitole, dar și posibilitatea de a accepta o modificare/corectare a ofertelor, în condițiile prevăzute la art. 134 alin. (6) și următoarele și art. 135 din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016, etape încă neparcurse în procedura de atribuire.

Or, respingerea pentru absența costurilor amintite sau pentru modificarea devizului care le cuprinde (motiv suplimentar pentru oferta celei de-a doua contestatoare), nu s-a bazat pe o astfel de analiză; astfel, Consiliul o consideră contrară regulilor de analiză a ofertelor (în special, art. 133 din Norma de aplicare amintită), precum și principiilor proporționalității și asumării răspunderii din domeniu.

În consecință, Consiliul va admite contestațiile formulate de SC ..... SRL și SC ..... SRL, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, va anula decizia de respingere a lor, consemnată în adresele nr. 178-179/15.11..... și va obliga autoritatea contractantă la continuarea evaluării ofertelor lor, sub aspectul existenței costurilor necesare derulării lucrărilor, în 15 zile de la primirea deciziei, în temeiul dispozițiilor de la alin. (5) al aceluiași articol.

Cât privește motivele de respingere a ofertei celei de-a treia contestatoare, SC ..... SRL, considerate de aceasta nefondate, Consiliul constată că părțile nu pun la îndoială situația de fapt a inexistenței în propunerea tehnică a unor părți însemnate din aceasta, ci doar au aprecieri diferite asupra importanței acestor documente, respectiv, asupra posibilității de a fi acceptată depunerea lor ulterioară, fără a se considera că prin aceasta s-ar încălca dispoziții legale din domeniu.

Astfel, contestatoarea recunoaște absența acelor părți din propunerea tehnică pe care le-a transmis prin răspunsul la clarificarea solicitată de autoritatea contractantă, invocând în apărarea sa erori de redactare/transmitere în SEAP a acestor documente, în etapa de ofertare.

Văzând volumul de documente/informații lipsă din propunerea tehnică a contestatoarei, Consiliul constată că, în fapt, nu poate fi invocată, cu succes, aplicabilitatea dispozițiilor HG nr. 395/2016, privind existența și îndreptarea unei abateri tehnice minore sau a unui viciu de formă.

Dacă in/existența listelor de cantități ar putea fi acoperită prin analiza propunerii financiare (ce ar avea conținut comun cu propunerea tehnică, sub acest aspect), precum și prin compararea conținutului listelor din aceasta cu listele transmise prin răspunsul de clarificare, în schimb, absența a 50 de pagini (475-.....), ce ar cuprinde Resursele de personal, descrierile implicării acestora și organigrama, inclusiv dotările cu utilaje și echipamente, programul de execuție a lucrărilor și planul de control al calității, relevă nerespectarea regulilor privind întocmirea și înaintarea ofertei (a propunerii tehnice), precizate explicit prin documentația de atribuire.

Conform alin. (4) al art. 215 din Legea nr. 98/2016, *Oferta este considerată inacceptabilă dacă nu îndeplineşte condiţiile de formă aferente elaborării şi prezentării acesteia*.

În fapt, absența informațiilor/documentelor amintite din propunerea tehnică nu ar putea fi acoperită, prin acceptarea depunerii lor ulterioare, tocmai datorită importanței lor efective și volumului lor, decât cu nesocotirea dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Lege: *Autoritatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariţia unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat*.

De altfel, riscul transmiterii ofertei aparține, exclusiv, ofertantului, iar în cauza de față acesta și-a recunoscut eroarea. Astfel, art. 125 din Norma de aplicare a Legii nr. 98/2016 statuează: *Riscurile transmiterii ofertei, inclusiv forţa majoră sau cazul fortuit, cad în sarcina operatorului economic care transmite respectiva ofertă*.

Prin urmare, Consiliul consideră corectă decizia de respingere a ofertei SC ..... SRL, motiv pentru care, în temeiul dispozițiilor art. 26 alin. (6) din Legea nr. 101/2016, va respinge contestația formulată împotriva adresei nr. 181/15.11....., ca nefondată.

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

CONSILIUL DECIDE:

Admite contestațiile formulate de SC ..... SRL și SC ..... SRL, în contradictoriu cu ....., în procedura inițiată prin anunțul de participare simplificat nr. ...../.....

Anulează decizia de respingere a ofertelor contestatoarelor, consemnată în adresele nr. 178-179/15.11..... și obligă autoritatea contractantă la continuarea evaluării lor, sub aspectul existenței costurilor necesare derulării lucrărilor, în 15 zile de la primirea deciziei, conform motivării de mai sus.

Respinge contestația SC ..... SRL, ca nefondată.

Prezenta decizie este obligatorie, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 alin. (1) din Legea nr. 101/2016.

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

....